TESIS DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
2024
171

Carmen Zenaida Vivas Franco

Estudio de la aplicación del Convenio de la Haya de sustracción de menores en España, Colombia y Venezuela, miembros de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional

Director/es
Iriarte Angel, José Luis
Diago Diago, María Pilar

http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis

ISSN 2254-7606

Prensas de la Universidad
Universidad Zaragoza

Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606

Universidad Zaragoza
1542

Tesis Doctoral

ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA, COLOMBIA Y VENEZUELA, MIEMBROS DE LA RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Autor

Carmen Zenaida Vivas Franco

Director/es

Iriarte Angel, José Luis
Diago Diago, María Pilar

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2024

Repositorio de la Universidad de Zaragoza – Zaguan http://zaguan.unizar.es

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

FACULTAD DE DERECHO

Programa de Doctorado en Derecho de Familia

Carmen Zenaida Vivas Franco

ESTUDIO DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE SUSTRACCIÓN DE MENORES EN ESPAÑA, COLOMBIA Y VENEZUELA, MIEMBROS DE LA RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Tesis doctoral dirigida por:

Dra. Dña. María del Pilar Diago Diago

Dr. D. José Luis Iriarte Ángel

Resumen

Esta tesis constituye un estudio de Derecho comparado en torno a la aplicación práctica del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (CH80) en España, Colombia y Venezuela, todos, países miembros de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. En el desarrollo del esfuerzo investigativo se resalta que los menores de edad están asistidos por derechos fundamentales en pro de su interés superior, algunos de esos derechos fueron analizados en clave de la crisis que pueda afectar la relación de sus progenitores, relación que puede o no ser matrimonial.

La internacionalización de las relaciones familiares es una realidad que se resalta en la tesis pues puede ser el mejor abono para que se configure, luego de una crisis de pareja, una sustracción internacional, fenómeno penoso que vulnera los derechos de los menores, y de las personas -parientes o no- que constituían su entorno antes de la sustracción. Se explica además la teleología, estructura y características del CH80, y se repara en los conceptos propios del texto convencional que pueden suscitar diversas interpretaciones, algunas más apegadas que otras a su objetivo, todo lo que permite establecer la vital importancia que tiene la especialización judicial en esta área para poder garantir los objetivos convencionales.

Además, se exalta el valor jurídico y pragmático que tiene el CH80 por reunir el mayor número de voluntades estatales en la materia y se describe cómo España ha avanzado en su aplicación hasta el punto de que es referente para muchos países entre esos Colombia y Venezuela. Como separata y por una causa sobrevenida se hace un breve apartado a la pandemia por la COVID-19 y su irradiación sobre las órdenes de retorno emitidas en plena emergencia sanitaria; lo que reitera que el transcurso del tiempo es vital cuando de restablecer los derechos de los menores en medio de la aplicación del CH80 se trata.

Índice general

Introducción 7

Capítulo primero 14
1. Los menores en las crisis de pareja (matrimoniales o de hecho) y la sustracción internacional 14
1.1 Relaciones paternofiliales postcrisis 32
1.1.1 Patria potestad 37
1.1.1.1 Definición y propósito 37
1.1.1.2 Titularidad y ejercicio 40
1.1.1.3 Privación 45
1.1.1.4 Extinción 47
1.1.1.5 Prórroga 49
1.1.1.6 Emancipación 49
1.1.2 Derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores 51
1.1.2.1 Derecho de guarda 54
1.1.2.1.1 Definición 54
1.1.2.1.2 Fundamento legal 55
1.1.2.1.3 Titularidad y modalidades 60
1.1.2.1.3.1 Custodia exclusiva 62
1.1.2.1.3.2 Custodia exclusiva 63
1.1.2.2 Derecho de visita 66
1.1.2.2.1 Definición 66
1.1.2.2.2 Fundamento legal 68
1.1.2.2.3 Titularidad y modalidades 72
1.1.2.2.4 Forma de determinación 75
1.1.2.2.5 La internacionalización de las relaciones familiares y el ejercicio efectivo del derecho de visita 76
1.1.2.3 Obligación de alimentos 79
1.1.2.3.1 Definición 79
1.1.2.3.2 Fundamento legal 80
1.1.2.3.3 Legitimación para reclamarlos y determinación 83
1.1.2.3.4 Mecanismos procesales para reclamarlos 86
1.1.2.3.5 Modos de pago 87
1.1.2.3.6 Extinción 89

Capítulo segundo 93
2.1 La sustracción internacional de menores 93
2.1.1 Prolegómeno 93
2.1.2 Definición 94
2.1.3 Elementos constitutivos 103
2.1.3.1 Elemento personal 104
2.1.3.1.1 Sujeto activo 104
2.1.3.1.2 Sujetos pasivos 106

2.1.3.1.2.1 Menor …… 107
2.1.3.1.2.2 Titular de la custodia y otros individuos …….. 110
2.1.3.2 Elemento de ilicitud 112
2.1.3.3 Elemento internacional 114
2.1.4 Modalidades 121
2.2 Derechos de los menores que pueden son conculcados por la sustracción internacional de menores ….....……..…….. 124
2.2.1 Derecho de formarse en el seno de una familia y a no ser separado de ella 124
2.2.2 Derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre 127
2.2.3 Derecho al libre desarrollo de la personalidad 131
2.2.4 Derecho a ser oído 134
2.2.5 Derecho de participación 137
2.2.6 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia 138
2.2.7 Derecho al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes 141
2.2.8 Derecho a la tutela judicial efectiva 143
2.3 Instrumentos jurídicos que regulan la sustracción internacional …… 144
2.3.1 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 de mayo de 1980 (CL80) 147
2.3.2 Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989 (CI89) 150
2.4 Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores 152
2.4.1 Generalidades 152
2.4.2 Propósito convencional 154
2.4.3 Es un Convenio *self-executing* 161
2.4.4 El interés del menor en el CH80 165
2.4.5 Es un Convenio CIA 170
2.4.5.1 CIA dual ……..…… 180
2.4.6 Los derechos de custodia y visita en el CH80 181
2.4.7 Es un Convenio *law in action* 187
2.4.8 Excepciones convencionales al retorno 190
2.4.9 El CH80 y la competencia judicial internacional 214
2.4.10 La especialización judicial y la interpretación convencional 217
2.4.11 La ejecución de la orden de retorno 218
2.4.12 El CH80 después del R2201/2003 220
2.5 Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (R2201/2003) 221
2.6 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 (Bruselas II Ter) 236

Capítulo Tercero 238
3.1 Prácticas dentro del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 238
3.1.1 Generalidades 238
3.1.2 Propósito convencional 239
3.1.3 Es un Convenio *self-executing* 240
3.1.3.1 España 242
3.1.3.2 Colombia 250
3.1.3.3 Venezuela 251
3.1.4 El interés del menor en el CH80 259
3.1.4.1 España 259
3.1.4.2 Colombia 260
3.1.4.3 Venezuela 260
3.1.5 Es un Convenio CIA 261
3.1.5.1 España 261
3.1.5.1.1 España como Estado requirente 262
3.1.5.1.2 España como Estado requerido 264
3.1.5.1.2.1 Recepción de la solicitud 264
3.1.5.1.2.1.1 La reserva idiomática en el CH80: ¿Una Torre de Babel? 269
3.1.5.1.2.2 Localización del menor 271
3.1.5.1.2.3 Fase judicial 273
3.1.5.1.2.3.1 Carácter preferente del proceso 280
3.1.5.1.2.3.2 Medidas cautelares 281
3.1.5.1.2.3.3 Legitimación para oponerse al retorno 283
3.1.5.1.2.3.4 Resolución final 285
3.1.5.1.2.3.5 Mediación 287
3.1.5.1.2.3.6 Dificultades del procedimiento 288
3.1.5.1.2.3.6.1 Celeridad procesal Vs. Interés superior del menor 288
3.1.5.1.2.3.6.2 Nuevos traslados, ahora por orden judicial 289
3.1.5.1.2.3.6.3 El derecho de visita: huérfano otra vez 290
3.1.5.2 Colombia 291
3.1.5.2.1 Colombia como Estado requirente 292
3.1.5.2.2 Colombia como Estado requerido 293
3.1.5.2.2.1 Fase judicial en Colombia 296
3.1.5.2.2.2 Condicionamientos o *undertakings* 297
3.1.5.2.2.3 Resolución alternativa de la solicitud 298
3.1.5.3 Venezuela 298
3.1.5.4 CIA dual 298
3.1.5.4.1 Reserva del artículo 7 del CH80: imposibilidad de retorno por razones económicas 298
3.1.6 Los derechos de custodia y visita en el CH80 299
3.1.6.1 España 299
3.1.6.2 Colombia 299
3.1.7 Es un Convenio *law in action* 299
3.1.7.1 España 299

3.1.7.2 Colombia 300
3.1.7.3 Venezuela 301
3.1.8 Excepciones convencionales al retorno 302
3.1.8.1 Integración al medio 302
3.1.8.1.1 España 302
3.1.8.1.2 Colombia 303
3.1.8.2 Grave riesgo 303
3.1.8.2.1 España 303
3.1.8.2.2 Colombia 307
3.1.8.3 Oposición del menor 308
3.1.8.3.1 España 308
3.1.8.3.2 Colombia 309
3.1.8.4 Excepción del artículo 20 310
3.1.8.4.1 España 310
3.1.8.4.2 Colombia 310
3.1.9 La especialización judicial y la interpretación convencional 311
3.1.9.1 España 311
3.1.9.2 Colombia 312
3.1.10 La ejecución de la orden de retorno 312
3.1.10.1 España 312
Ejecución del retorno 314
3.1.10.2 Colombia 317
3.1.10.3 Venezuela 318
3.1.11 El CH80 después del R2201/2003; de la Ley 15/2015 y la Circular 6/2015 318
3.1.12 Las AACC y sus tareas pendientes 324
3.1.12.1 España 324
3.1.12.2 Colombia 328
3.1.12.3 Venezuela 328
3.2 Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) 328

Separata 331
La sustracción internacional de menores y el CH80 en medio de la pandemia por la COVID-19: un nuevo y desconcertante desafío 331

Conclusiones 335
Referencias 344

Introducción

Los progenitores son los protectores naturales de los hijos, porque tal ánimo defensor, se presume, deriva de la procreación misma. Por tanto, el legislador ha recogido hechos naturales y les ha asignado efectos jurídicos. Tal es el caso, de las relaciones paternofiliales, cuya determinación y cumplimiento se fundamentan en la filiación que no en la relación entre los progenitores.

En el marco de tales relaciones, se encuentra un conjunto de derechos-funciones que imponen deberes y obligaciones a los progenitores, en tanto constituyen derechos para los hijos menores. Así, encontramos, el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, el derecho de custodia, el derecho de visita, la obligación de alimentos, y la institución de la patria potestad, edificados todos, fundamentalmente, sobre el interés superior del menor.

Ahora bien, si se describe un panorama familiar ideal, estaríamos en presencia de un hogar dentro del que conviven armónicamente los progenitores –cónyuges entre sí- y sus hijos, en principio, menores. De esa convivencia armónica, los hijos obtienen los pilares sobre los que cimentarán su vida personal, social, afectiva futura. Ese espacio protector y amoroso que significa la familia, constituida como se describe, debería cobijar y proteger a los hijos menores, sin mayores consternaciones.

También, se puede reconocer un hogar armónico protagonizado por una pareja no casada, y que en su seno se gesten y formen hijos, respecto de los que se tienen obligaciones que cumplir, porque eso sí, hay que establecer con claridad inequívoca: que el bienestar de los hijos y la indemnidad de sus derechos no depende de la relación que tengan sus progenitores entre sí. Por ello, es de medular importancia recordar que en estos contextos familiares todo debe orbitar alrededor del interés superior de los hijos menores. De otro modo, se estaría atentando contra sus derechos en nombre del tan nocivo adultocentrismo.

Pero, tanto el matrimonio como las uniones no matrimoniales, que sirven de marco a la familia pueden verse sumidos en crisis. La legislación prevé para tales casos diversas soluciones, entre las que se cuentan la separación y el divorcio. La crisis, sin duda, trastocan sensiblemente la

estructura familiar. Sacuden fuertemente, la sinergia que existía hasta entonces entre los protagonistas de la unidad familiar. Por tanto, el legislador contempla una serie de medidas que se deben adoptar en casos de crisis ya matrimonial, ya de parejas no casadas para asegurar a los hijos menores el pleno ejercicio de sus derechos, muy a pesar de la extinción de la relación entre sus progenitores. Entre esas medidas, se encuentra la de atribución de la custodia y la organización del derecho de visita, así como la cuantificación de la obligación alimentaria, entre otras previsiones. Se entiende que, una vez adoptadas, tales medidas, se ha resguardado la situación del hijo menor, quien debe ahora adaptarse a su nueva realidad familiar que, se espera no atente contra su interés superior. Interés que debe prevalecer ante cualquier situación, como ya lo dije.

No obstante, las previsiones legislativas referidas, hay que reseñar un flagelo que desde hace décadas viene en aumento sostenido, que vulnera la condición del menor y enciende todas las alarmas relativas a su protección internacional: la sustracción internacional de menores.

La internacionalización de las relaciones familiares es natural hoy día. Fenómeno que nos impone una realidad: la creciente tendencia de matrimonios y relaciones de pareja mixtos, en los que sus protagonistas son de nacionalidades distintas, lo que en no pocos casos significa un desencuentro cultural con todas las connotaciones del caso.

En la misma medida en que esos matrimonios mixtos se celebran y esas relaciones de hecho se concretan, también pueden entrar en crisis de las que terminan en divorcio o separación, según sea el caso. A partir de allí, es entendible que los excónyuges y las exparejas quieran seguir con su biografía en otro Estado, generalmente en su país de origen. Por tanto, si regresan a sus Estados originarios, hay que reconocer que esa nueva distancia, de por medio entre los progenitores, es la misma que separa a los hijos de alguno de ellos. Pues, si ya no es viable la convivencia con ambos progenitores, es inexorable que la custodia sea atribuida –generalmente de manera exclusiva- a uno solo de ellos, y al otro progenitor le asistiría el derecho-función de visita.

Analizadas, así las cosas, parecieran equitativas para ambos progenitores y adecuadas para el hijo menor. Sin embargo, la distancia geográfica interviene, generalmente en menoscabo del ejercicio efectivo del derecho de visita. Como resultado, una atribución del derecho de visita donde el progenitor-titular deba allanar obstáculos geográficos y económicos para poder mantener contacto personal con su menor hijo, no facilita el ejercicio efectivo de tal derecho. Y tampoco, es

expedito el pleno ejercicio de ese derecho de visita, si se debe pugnar con el empeño del progenitor titular de la custodia, en impedir tales encuentros. En ambos casos, resultan realmente ensombrecidas las relaciones familiares. Pareciera entonces -sin el menor ánimo de justificarla- que la sustracción internacional de menores se muestra como un tentador medio para lograr tener al hijo menor consigo, en la esperanza de lograr una decisión judicial que así lo reconozca y legitime.

El caso anteriormente descrito puede derivar en un típico episodio de sustracción internacional de menores. Pero también puede ser un caso de sustracción internacional, el de una madre víctima de violencia basada en género, que con la deliberada intención de huir del entorno perverso, cruel y fatigante en que se encuentra sumida, traslada a sus menores hijos con ella hacia otro Estado, en el que espera no volver a tener contacto con su victimario. Victimario, que no pocas veces es el progenitor de sus hijos menores. Hay que reconocer, que ese traslado –aunque en defensa propia- vulnera el derecho de custodia que comparte con el progenitor de los menores…con su verdugo. Y es esa defensa propia la que es tan difícil de establecer, pues aún hay una gran deuda en relación con la urgente conciliación entre las libertades y derechos de la madre con el interés superior del menor. Y en el caso español se trata de la necesidad de amalgamar debidamente el Reglamento 6603/2013, la Directiva 2011/99 sobre la Orden europea de protección y el Reglamento 2019/1111[1].

De igual modo, y a propósito de las crisis de pareja, matrimoniales o no, algunos progenitores -con ánimo instrumentalista y despiadado- ven en sus menores hijos el medio más efectivo para causarle dolor a su excónyuge o expareja. Así, sin ningún reparo arrebatan a sus hijos, no con el ánimo de tenerlos consigo, sino con la deliberada intención de infligirle daño al otro progenitor. Hecho que quebranta el derecho de custodia del progenitor, quien tenía a su cargo el menor antes de ser desarraigado.

Los casos descritos, evidencian apenas, algunas de las causas de la sustracción internacional de menores, pero los efectos son numerosos y devastadores para el menor, quien con

[1] ESPINOSA CALABUIG, R., "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", en Freedom, Security & Justice: european legal estudies. Rivista quatrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertâ, sicurezza e guistizia, Italia, núm. 3, 2019, pp. 36-57. Disponible en: <http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>.

frecuencia es reducido a un instrumento, se convierte en fugitivo y es revictimizado en el proceso que se sigue para lograr su restitución, la que no siempre se obtiene.

Vale decir, que en la comunidad internacional se han gestado esfuerzos para reaccionar ante los atentados contra los menores como la sustracción descrita. Es así, como encontramos varios instrumentos jurídicos internacionales, en los que se observa el despliegue de esfuerzos para que el menor retorne al Estado de su residencia habitual. Instrumentos que, en principio, brindan un parte de tranquilidad, porque constituyen marcos de seguridad jurídica en los que los progenitores pueden tener la esperanza de retorno del hijo menor que les ha sido arrebatado, pero su aplicación práctica a veces dificulta el retorno mismo.

Entre los instrumentos jurídicos internacionales descritos se encuentra el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH80), suscrito -entre otros Estados- por España, Colombia y Venezuela[2].

La naturaleza fáctica del texto convencional pretende la restitución del menor al Estado donde tenía su residencia habitual, e impide a las autoridades judiciales del Estado de refugio que conozcan y se pronuncien sobre el fondo del asunto: la custodia. Todo esto, para conjurar el *forum shopping* en muchas ocasiones pretendido por el sustractor. Aun cuando, el texto convencional no contiene norma alguna de atribución de competencia judicial internacional resulta, que, de la aplicación de las excepciones convencionales, pueden derivar normas atributivas de la misma.

Hay que advertir, que poco se refiere el Convenio al derecho de visita, lo que ha generado malestar en la doctrina, escasa iniciativa en algunas autoridades centrales y disímiles criterios interpretativos entre autoridades judiciales; quienes consideran que, dentro de los objetivos convencionales no se encuentra la posibilidad jurídica internacional de organizar a *priori* o *ex novo* el derecho de visita, sino su reorganización a propósito de una sustracción. En general, las diferencias interpretativas de términos, conceptos y excepciones convencionales pueden desnaturalizar el propósito convencional e impedir el retorno del menor, lo que le resta fuerza convencional a la acción directa de retorno.

En España la aplicación convencional ha sido impactada por el Reglamento (CE)

[2] Las referencias en línea se consultaron entre los meses de octubre de 2021 y abril de 2022.

2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental cuando de sustracciones intracomunitarias se trata, eso equivale a que la aplicación convencional debe interpretarse a la luz del texto convencional que ha incorporado sensibles adiciones y reformas, todas en aras de proteger aún más al menor y su interés superior.

No obstante, ese Reglamento, aunque vigente, *tiene sus días contados*, porque el 1° de agosto de 2022, entrará en vigor el 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. Reglamento[3], que merece especial mención. Además, el 23 de julio de 2015 entró en vigor la Ley 15/2015 que imprime celeridad y un alto grado de especialización a las medidas relativas a la restitución. La referida Ley también abre paso con buen pie a la mediación para lograr al cometido: el retorno del menor.

El CH80 se analiza desde su aplicación en España, Colombia y Venezuela en cuyos ordenamientos jurídicos se contempla la aplicación convencional. Tal selección atiende a que los tres países hacen parte de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) y resulta de interés establecer el alcance de la aplicación convencional en cada país de referencia. La IberRed como espacio de cooperación entre 22 países en materia civil, que es lo que atañe en esta investigación, se muestra como una gran sinergia jurídica que trata de *mostrar el camino*, compartir experiencias, aprendizajes y prácticas, todo para facilitar la cooperación jurídica en un marco internacional.

Hay que adelantar que la práctica española ilustra a la práctica en Colombia y en España y porque la influencia del Derecho español en el colombiano y venezolano es innegable. Por tanto, al describir la práctica convencional española, colombiana y venezolana se establecen las diferencias entre los esfuerzos administrativos, judiciales y legales que cada país ha hecho para honrar las obligaciones convencionales. Es imperativo reconocer, que la práctica española supera

[3]UNIÓN EUROPEA (2019). Consejo de la Unión 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. Disponible en: < https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81122>.

aventajadamente a la colombiana y a la venezolana. Ventaja, que se ve representada no solo en cifras sino en calidad interpretativa, la que se ha venido afinando cada vez más, con el paso del tiempo fructifica así los esfuerzos realizados. En términos numéricos, no significa que en Colombia y Venezuela se presenten menos casos de sustracción, sino que tal vez los casos no denunciados o las vías de hecho sean utilizadas con una, desaconsejada, alta frecuencia, sobre todo en Venezuela.

La investigación se estructura en tres capítulos. El primero se refiere a la situación de los menores de edad a propósito de las crisis matrimoniales y crisis de pareja. Para ilustrar tal situación, se hace una comparación de la legislación española, colombiana y venezolana en punto de la patria potestad, el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, el derecho de custodia, el derecho de visita y la obligación de alimentos. Se hace especial referencia, a la internacionalización de las relaciones familiares y el impacto que tiene en el ejercicio efectivo del derecho de visita y en la obligación de alimentos.

En el marco de ese primer Capítulo se denotan las profundas huellas que deja en los hijos las crisis matrimoniales y de pareja, según sea el caso. Crisis que, si bien ellos no protagonizan sí que los impacta, y aunque el legislador, en los tres países, ha previsto las medidas que deben adoptarse para resguardar a los hijos menores y sus derechos, la unidad familiar perdida sumada a la internacionalización de las relaciones familiares, le da al ejercicio efectivo de los derechos de los menores un cariz distinto. El primer Capítulo articula también esa situación de los menores en medio de una crisis de relación entre sus progenitores con la sustracción internacional. En ese sentido, se refiere a la sustracción como fenómeno social, lo define, enumera sus elementos constitutivos, modalidades y efectos perjudiciales en la esfera jurídica del menor.

Mientras que en el Capítulo II se consideran los instrumentos jurídicos multilaterales que regulan la sustracción internacional y que han sido suscritos por España, Colombia y Venezuela, con especial énfasis en el CH80. En este énfasis se establecen rasgos característicos de este Convenio que lo han convertido en uno de los más exitosos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CHDIPr)[4], pero también las complejas situaciones jurídicas que

[4] Es una organización intergubernamental de carácter mundial y en su seno se elaboran instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades que pretenden la unificación progresiva de las reglas del Derecho

se derivan de su aplicación y que enturbian la esperanza de retorno que representa.

El tercer Capítulo es comprensivo de la *praxis* convencional en España, Colombia y Venezuela, miembros de la IberRed. De la descripción de esa práctica se pueden extraer fecundas recomendaciones para las autoridades centrales y judiciales de Colombia y Venezuela quienes pueden ver en España a un Estado abanderado en la interpretación y aplicación del Convenio referido.

El Capítulo continúa con la especial consideración de que el Convenio de La Haya aquí estudiado ya cumplió 40 años, tiempo que no ha pasado en vano, puesto que los supuestos de sustracción que hoy día se presentan, han superado las sustracciones tipo para las que fue diseñado el texto convencional. Las sustracciones de hoy día son propiciadas, en un buen número, por el progenitor custodio que no pocas veces justifica su acción en la violencia basada en género que sufre. Así, las soluciones convencionales resultan desbordadas por las nuevas modalidades de sustracción que se describen en la parte final de la investigación.

En virtud de la complejidad de las relaciones familiares internacionalizadas y de los no pocos inconvenientes que apareja la aplicación convencional debe apostarse muy alto por la prevención de la sustracción. Porque, muy a pesar de lo que reseñan varios autores sobre el carácter preventivo de algunos instrumentos jurídicos que regulan el flagelo, lo cierto es que el número de sustracciones internacionales antes de decrecer aumenta, lo que da cuenta de que la vigencia de textos convencionales no basta para conjurarlas.

internacional privado para que a pesar de las diferencias jurídicas entre los países los particulares tengan un gran alto nivel de seguridad social. Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=26>

Capítulo primero

1. Los menores en las crisis de pareja (matrimoniales o de hecho) y la sustracción internacional[5]

Es un denominador común que el legislador, en España, Colombia y Venezuela -históricamente- haya privilegiado al matrimonio sobre otras uniones interpersonales que sirven de fundamento a la familia. El matrimonio -su concepción, requisitos para contraerlo y maneras de extinguirlo- ha pasado por varias y disímiles *etapas legislativas* en cada uno de estos países, hasta el punto de que, hoy día, cada uno de ellos consagra normas jurídicas muy diferentes.

España, en el marco de la Ley 13/2005 del 1° de julio de 2005[6] -por la que se modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio- consagra el matrimonio igualitario. Ello, ha modificado nuclearmente la institución y sus fines; por su parte, la Ley 15/2005 del 8 de julio de 2004[7] -por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio- establece maneras expeditas de obtener la extinción del matrimonio en

[5] En este apartado el análisis se fundamenta no solo en las ciencias jurídicas sino también en la sicología por cuanto los efectos perjudiciales de las crisis matrimoniales en los menores no se pueden dimensionar desde la exclusiva visión jurídica.

[6] ESPAÑA. Ley 13/2005, de 1° de julio, por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>.

[7] ESPAÑA. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la cual se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-11864>.

vida de ambos cónyuges, y consagra, incluso, el tan polémico[8] divorcio unilateral[9] sin causa[10] y sin plazos previos[11].

Por su parte, Colombia no reconoce en un texto legal la posibilidad jurídica de que parejas homosexuales contraigan matrimonio pero, la Corte Constitucional[12] ordenó al Congreso de la

[8] "Como cabía esperar esta ley ha producido un fuerte impacto desde el punto de vista cuantitativo, habida cuenta de que sus potenciales destinatarios son todos los matrimonios celebrados, y así lo han confirmado el número de divorcios producidos desde su implantación. No obstante, no es menos relevante su trascendencia en el plano cualitativo por cuanto incide profundamente en la estabilidad del matrimonio y lo acerca al matrimonio romano, como situación de hecho sostenida por la *affectio maritalis*". FERRER ORTÍZ, J., "Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española", p.49, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., FERRER ORTIZ, J. y otros, *El Derecho de familia: presente y futuro*, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013, pp. 23-52.

[9] "Es discutible que la mejor política legislativa sea la dirigida a facilitar el acceso al divorcio, con exclusión radical de las cautelas introducidas para evitar divorcios no suficientemente reflexivos. Si en materia contractual se establecen plazos de reflexión dirigidos a proteger al consumidor frente a decisiones precipitadas o irreflexivas, parece que con más razón habría que hacerlo cuando lo que está en juego es algo tan importante para los cónyuges y sus hijos como es la propia familia" MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Tendencias recientes del Derecho de familia", pp. 10-11, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., FERRER ORTIZ, J. y otros, *El Derecho de familia: presente y futuro*, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013, pp. 3-21. "Por otro lado, la consagración del divorcio por mutuo consentimiento, o por voluntad unilateral de uno de los esposos, es un paso decisivo en la relación de dependencia (prácticamente de subordinación) entre el matrimonio y la voluntad del individuo; si dicha voluntad es desde hace ya siglos soberana a la hora de crear el vínculo, lo es también ahora a la de extinguirlo. Como indica Glendon, la principal novedad introducida por el divorcio, es el papel de la elección individual en la formación y disolución del matrimonio. Pero con todo ello el matrimonio pasa de ser, de más que un contrato, a mucho menos que cualquier contrato." MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Separación y disolución del matrimonio", p. 165-166, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coordinador), *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de familia*, COLEX, Madrid, 2008, pp. 153-167; MAZUERA ARIAS, R. "La patria potestad: responsabilidad de crianza", en POLES DE GRACIOTTI, A. y otros, *Manual de Derecho Civil: personas*, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013, pp. 255-272. Recordar si son citas secundarias, (por eso resalto a Glendon), tiene que elaborarse de acuerdo con las normas.

[10] "En lo que sí ha supuesto una innovación radical la Ley 15/2005 ha sido en el abandono del sistema causalista propio de la Ley 30/1981, bajo cuya vigencia el cónyuge o los cónyuges que plantearan la acción de divorcio habían de acreditar la preexistencia de alguna de las causas de divorcio legalmente pregonfiguradas." LASARTE, C., "Derecho de familia" pp.273-274, Principios de Derecho civil VI, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 104.

[11] "Únicamente, el de tres meses desde la celebración del matrimonio (…) que por su misma naturaleza no es plazo de reflexión (…)" MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Tendencias recientes del…*Op. cit*, p. 10. "Basta, pues, el transcurso del período temporal de tres meses, desde la celebración del matrimonio, junto con la propuesta de medidas o de convenio regulador, para que uno o ambos cónyuges puedan solicitar la separación o el divorcio o bien, la separación, y posteriormente, el divorcio que, por supuesto `deberá decretar, de manera obligatoria, la autoridad judicial que resulte competente". LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 104. "De manera que hoy se decretará si es pedido por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro o por uno solo simplemente porque lo deseen, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, así que no se pide causa, sino que solo se pone un plazo mínimo en el que no se puede pedir". ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, EDISOFER S.L., Madrid, 2008, p. 80.

[12] En sentencia C-577/11 de 26 de julio de 2011 con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo la Corte Constitucional de Colombia estableció que "En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia

República regular la materia y, para ello, le dio un plazo perentorio hasta el 20 de junio de 2013, y llegada esa fecha sin que se hubiese legislado le permitiría -como en efecto lo hace- a las parejas del mismo sexo suscribir, ante un juez o notario, un contrato que les permita conformar familia y, respecto del divorcio mantiene un sistema causalista[13]. Pero, también contempla el mutuo acuerdo como una de las razones para llegar a él; además permite que en sede notarial se obtenga la extinción del vínculo[14]. Vale decir, que esta posibilidad instaurada por vía jurisprudencial ha

permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión. En esta última hipótesis el Congreso de la República conservará su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución, pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos erga omnes y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional. Por ahora, es dable esperar que antes del 20 de junio de 2013 el legislador expida la ley que conduzca a superar el déficit de protección, habida cuenta de que muchas de las conquistas que históricamente han logrado grupos minoritarios o marginados son el resultado de la actuación del órgano representativo que, en distintas áreas, ha expedido leyes destinadas a enfrentar situaciones adversas a personas o a colectivos, generadas en prácticas o concepciones contrarias a la Constitución, hondamente arraigadas en el seno de la sociedad. En consonancia con lo precedente, en la parte resolutiva se exhortará al Congreso de la República a legislar sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, debiéndose indicar que con la utilización de esta fórmula, la Corte busca respetar la facultad de apreciación de las circunstancias que atañe al órgano de representación popular y el alcance que le otorgue a su decisión legislativa, de manera que, si lo estima conveniente, pueda incluso prohijar un entendimiento de la expresión ´parejas del mismo sexo´, más amplio que el empleado en esta sentencia. (…)VII. DECISION (sic). En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: (…) CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual". Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-577-11.htm>.

[13] Artículo 154. "Son causales de divorcio: 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres. 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges. 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica. 6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial. 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia". COLOMBIA. Congreso de la República. Código civil. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr004.html#154>.

[14] La Ley 962 de 2005 que complementa el Estatuto Antitrámites y reglamentada por el Decreto 4436 de 2005 permite que en sede notarial se obtenga en tiempo casi traducido en horas el divorcio. MEDINA PABÓN, J., *Derecho civil. Derecho de familia*, Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 277.

generado intensos debates. Uno de esos debates ha versado sobre "los alcances y límites del principio de libertad de configuración legislativa que determinan la competencia de la Corte para intervenir en los casos de omisión legislativa relativa…"[15]. Pero, sin duda, que hoy en Colombia es posible jurídicamente la celebración del matrimonio de parejas homoafectivas.

En lo que respecta a Venezuela hay que indicar que mantiene vigente un *ajado* -Derecho matrimonial cuyas normas jurídicas datan de 1942, incluso de 1904[16] y otras –las menos- de 1982[17]. Además, consagra constitucionalmente que el matrimonio en Venezuela es heterosexual; de modo que no ha reconocido la posibilidad de que parejas homosexuales protagonicen uniones de hecho con efectos jurídicos, mucho menos alianzas matrimoniales. En punto del divorcio y sus causales existen dos realidades que coexisten: la tasación del Ccv. y la orden jurisprudencial de considerar al mutuo disenso y a "…cualquier otra situación que … impida la continuación de la vida en común…"[18] como causales suficientes para fundamentar una demanda de divorcio. El Ccv tiene una cerrada tasación[19] de causales sobre las que se puede fundamentar su demanda -la mayoría ancladas a la concepción del divorcio como sanción, que castiga conductas indebidas violatorias de los elementos nucleares del matrimonio- y al mutuo disenso[20] no le es reconocido legalmente valor alguno como causal de divorcio[21]. No obstante, sí se le reconoce

[15] MOLINA RICAURTE, C. y CARRILLO CRUZ, R. "El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de Colombia", *Rev. derecho (Valdivia)*, núm. 1, 2018, pp. 79-103. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502018000100079>.

[16] El Código civil venezolano de ese año introdujo el divorcio en su artículo 151: "El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado por Sentencia firme". HENRÍQUEZ LARRÁZABAL, L., *Fidelidad conyugal: respuestas del Derecho*, Organizaciones Gráficas Capriles C.A., Caracas, 2012, p. 161. Y hoy día el artículo que contempla el divorcio tiene básicamente la misma redacción, artículo 184: "Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio".

[17] Como fue la introducción de una causal fundamentada en la doctrina del divorcio-remedio que permite demandar el divorcio cuando uno de los cónyuges ha sido declarado entredicho por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que hagan imposible la vida en común.

[18] TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia N° 693 del 02 de junio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>.

[19] VIVAS FRANCO, C., "El divorcio ¿Un derecho?", p. 96, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., FERRER ORTIZ, J. y otros, *El Derecho de familia: presente y futuro*, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, pp. 93-113.

[20] "(…) la ciega y desmedida defensa a la tesis de la preservación del vínculo matrimonial a toda costa desconoce (…) que no hay poder humano ni jurídico capaz de mantener unidas a dos personas que no lo desean, o más aún, simplemente una de éstas. De tal suerte, que la voluntariedad como un elemento de autodeterminación proyectado en la institución matrimonial, amén de todas las graves consecuencias personales, patrimoniales y jurídicas que propicia la vigencia de un matrimonio no obstante la separación y la ruptura, permiten abogar por darle cabida a la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. Ello no es contrario a la noción de orden público, pues las normas inderogables que amparan el matrimonio tendrán efectiva aplicación mientras dure éste." DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. *Manual de Derecho de familia*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, p. 295.

[21] Pero sí para la separación, a la que se puede llegar de manera contenciosa o pedir de común acuerdo, y luego de transcurrido un año se puede solicitar la conversión de la separación en divorcio, de acuerdo con la parte *in fine* del

jurisprudencialmente, pues la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia le ha abierto paso, desde el 15 de mayo de 2014 con la decisión adoptada en la sentencia signada 446; línea jurisprudencial que fue ratificada en otras decisiones emblemáticas, tal como la signada 693[22] del 2 de junio de 2015. Así las cosas, hoy día en Venezuela el mutuo disenso, por imperativo jurisprudencial, se considera una causal con todas las implicaciones del caso. Como vemos, el panorama bajo estudio es variopinto, por no asegurar que contrastante y muy distinto entre sí.

A pesar de las diferencias resaltadas, el matrimonio ha sido la manera más ortodoxa e ideal de constituir la familia en el mundo occidental; por tanto, se reseñará la función que cumple la familia para los menores hijos y las consecuencias que las crisis matrimoniales traen para ellos, en especial cuando el matrimonio *sucumbe* ante el divorcio.

Hay que empezar entonces, por establecer qué pasará después de un divorcio, porque en los tres países de referencia el divorcio tiene el vigor de extinguir[23] el vínculo, con lo cual se pierde la cualidad de cónyuge, la reconciliación[24] no tiene efectos sobre la sentencia que declara extinto el vínculo, y el legislador ha dispuesto que los ex cónyuges, en tanto progenitores, deben dar

artículo 185 del Código Civil venezolano (CCV). VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. Código civil de Venezuela (CCv). Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria de 26 de julio de 1982.

[22] En el ordenamiento jurídico porque la Sentencia 693 del 2 de junio de 2015 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo aseguró que "en la actualidad resulta vetusto e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un *numerus clausus* de las causales válidas para accionar el divorcio frente a la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva" y declaró con "carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento". Así, las cosas los jueces en Venezuela deben estar a los términos de este fallo. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>.

[23] Artículo 85: "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio". ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE N° 206. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Artículo 152: "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado (…)". Ccc. Artículo 160: "Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, así mismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten (…) los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí" COLOMBIA. Congreso de la República. Código Civil (Ccc). Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr004.html#154>. Ccv. artículo 184: "Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio." Ccv. artículo 186: "Ejecutoria la sentencia que declaró el divorcio, queda disuelto el matrimonio, y cesará la comunidad entre los cónyuges y se procederá a liquidarla. Las partes podrán contraer libremente nuevo matrimonio observándose lo dispuesto en el artículo 57".

[24] Cce. artículo 88: "(…) La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio"

cumplimiento a sus obligaciones[25].

Pero, de la misma manera, hay que reconocer que las parejas de hecho, pueden ser eje de una familia en todo el sentido de la palabra y sus crisis también irradian sobre la dinámica familiar e inexorablemente sobre los hijos, en especial los menores de edad. Por ello se debe explicar en detalle los derechos de los hijos, pues deben quedar incólumes muy a pesar de la crisis, ya matrimonial, ya de parejas de hecho.

De manera insistente, se ha establecido lo conveniente que resulta para los hijos menores formarse en el seno de una familia, amén de que es uno de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Para fortalecer esta idea, la doctrina reiterada y uniforme de la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que:

> La situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia[26]

Igualmente, Monroy Cabra reconoce que "(…) el espacio natural de desarrollo del menor es la familia en la que ha sido concebido y, a su vez, es la familia la primera llamada a satisfacer las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativas de los menores"[27].

Entonces, la familia es una realidad multidimensional, trasciende la noción jurídica que de ella se tenga, porque el Derecho no crea la familia, ésta le preexiste pues, su fundamento es la naturaleza humana misma[28]. El Derecho convierte a la familia en una realidad juridificada o juridificable[29]; por tanto, para dimensionar adecuada y suficientemente a la familia deben

[25] Cce. artículo 92. 1: "La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos". Ccc. artículo 160 Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del matrimonio religioso, así mismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí."
[26]GÓMEZ JIMÉNEZ, M. *Los derechos fundamentales del niño*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 1998, p. 253.
[27] MONROY CABRA, M., *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2012, p. 787.
[28] ROMERO COLOMA, A., "Aspectos sustantivos y procesales de la nulidad, separación y divorcio (según la Ley de 7 de julio de 1981), *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1986, pp. 505-561.
[29] *Ibidem*

considerarse ópticas distintas al Derecho, claro está, sin prescindir de él.

Desde la dimensión afectiva

> Debe subrayarse que la función de la "familia" va más allá de garantizar la supervivencia y el crecimiento físico del hijo, dado que es también la promotora principal de su desarrollo social y afectivo, gracias a lo que el sujeto puede transformarse, desde el inicial individuo biológico que es al nacer, en una individualidad biopsicosocial o persona…[30]

Otro prisma que se puede utilizar para visualizar la familia es el sociológico y éste también coincide en la afectividad que se genera a su interior:

> …desde la mirada sociológica las familias son expresiones diversas en modos de establecer vínculos sexuales, de definir lazos afectivos, de convivir, de procrear, de socializar a los hijos, de producir y proveer de bienes materiales a sus miembros, de satisfacer necesidades afectivas…[31]

De hecho, la familia provee a la sociedad de sus miembros y los prepara para que cumplan cabalmente con los roles sociales que le resultan asignados. Así, la familia, como comunidad humana de vida, tiene tres objetivos: formar personas, educar en la fe y participar en el desarrollo integral de la sociedad[32]. Y en ese afán formativo, el amor de los padres traducido en dedicación, cuidado permanente e integral es el que permite a los menores lograr la plenitud de sus potenciales, honrar el rol social que les sea asignado. La familia es una iniciación para contribuir al bien común "Como son los padres son los hijos porque ellos beben el agua lustral que brindan sus progenitores"[33].

Sobre esa idea, también insiste Martínez[34], cuando reseña que la familia como el espacio nuclear de la sociedad es donde el individuo recibe por primera vez la carga de valores e ideas que

---

[30] VALLEJO ORELLANA, R., SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO, F. y SÁNCHEZ-BARRANCO, p. 3524 "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", p. 92. Revista *de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (Madrid), núm. 92, 2004, pp. 91-110.

[31] DEL VAL, A. "El futuro de la familia: la familia", pp. 9-26, *Iglesia viva: revista de pensamiento cristiano*. (España), núm. 217, 2004, p. 12.

[32] CHÁVEZ ASENCIO, M., "Conflictos familiares. Mecanismos alternativos de solución de conflictos", en CHÁVEZ ASENCIO, M., GARCÍA MÉNDEZ, E., y otros, *Conflictos familiares, su prevención y tratamiento*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 15-38.

[33] ORBE, H., *Derecho de menores*, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1995, p. 20.

[34] MARTÍNEZ, S., "Derecho del menor" en GARCÍA SARMIENTO, E. y otros, *Derecho de menores: aspectos civiles, comerciales, laborales, internacionales y organismos de protección*, Ediciones Rosaristas, Medellín, 1995, pp. 45-71.

tienen sus progenitores y, la actitud que tenga en definitiva el individuo parte de esa conducta de los padres, si ellos son conformistas o creativos, si reprimen o toleran, si son audaces, egoístas o solidarios, los hijos *heredarán* no solo la apariencia de sus padres sino su actitud frente al mundo.

La familia es tan medular en la formación del niño, que representa el sostén donde las experiencias personales se convierten en las bases con las que valorará su entorno social[35]. Morales[36] *apuesta* todo a la familia y asegura que es allí

> donde principalmente los seres humanos adquirimos sentimientos básicos de pertenencia e individualidad, e incorporamos diversos aprendizajes, tales como: tratar a los demás, compartir con ellos, manejar las emociones, conocer límites, ejercitar nuestra propia libertad, superar conflictos y frustraciones, en fin, un ser humano equilibrado, consciente y feliz, si es que ello puede lograrse.

Ya se ha establecido, pues, que la familia es vital para que el menor hijo encuentre en ella el espacio ideal, sano y armónico que necesita para formarse, y como el matrimonio es una vía para constituir familia es primordial que se analice qué pasa con los menores hijos cuando la institución matrimonial se *tambalea* y amenaza *zozobrar*. Al respecto Martínez de Aguirre[37] sostiene que:

> Sí es socialmente bueno que los matrimonios duren, que se rompan no es indiferente, y que la sociedad y el Derecho faciliten la ruptura tampoco es indiferente. Son numerosos, y suficientemente conocidos, los estudios realizados que demuestran que el divorcio tiene efectos perjudiciales, no deseados, principalmente para los hijos, pero también para los cónyuges, y para la sociedad entera.

Pero, con pesar, hay que reseñar que es frecuente que los matrimonios no sobrevivan a los altibajos propios de su dinámica y los menores vean menoscabado su derecho a vivir en el seno de una familia y a no ser separados de ella, tal es el caso de las crisis matrimoniales que aquejan y amenazan la alianza entre sus progenitores.

---

[35] ALBA PINILLA, J. "Buen trato: vínculos para el fortalecimiento del tejido social" en CHÁVEZ ASENCIO, M., GARCÍA MÉNDEZ, E., y otros, *Conflictos familiares, su prevención y tratamiento*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 125-141.

[36] MORALES LANDÁZABAL, G., "La doctrina de la protección integral y las relaciones familiares", p. 14, en MORALES LANDÁZABAL, G. y SAN JUAN, M., *Familia. Intervenciones protectoras y mediación familiar*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2005, pp. 13-45.

[37] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Separación y disolución…, *Op. cit* p. 166.

Es necesario advertir, que hay dos concepciones de crisis matrimoniales: la primera, trata de las situaciones de hecho como las desavenencias, desencuentros y discordias entre los cónyuges que pueden llegar al punto del cese del afecto marital, con lo cual la convivencia resulta deslucida, perjudicial e inviable[38]. Entre las causas de crisis matrimonial -vista como realidad fáctica- se reseña el distanciamiento afectivo de los cónyuges. Distanciamiento que profundiza los roces derivados de la convivencia diaria, que al inicio de la relación servían para cohesionar, pero pasado el tiempo desgastan la relación hasta convertirla en insoportable[39]. Ante este panorama, la misma naturaleza humana se resiste a mantener una relación que resulta poco atractiva y que incluso le puede resultar *costosa*[40] a los cónyuges.

De otro modo, las crisis matrimoniales son concebidas, por otra parte de la doctrina, como las soluciones[41] previstas por el legislador civil para afrontar las desestabilidades matrimoniales, producto de las circunstancias descritas. Es así, como encontramos la nulidad, separación y divorcio[42]. Romero manifiesta que, "en cualquier sociedad democrática el Derecho contempla la existencia del conflicto conyugal irreconciliable y proporciona los instrumentos adecuados para su ordenamiento y solución mediante la separación y el divorcio"[43]. En España, tanto la nulidad[44], separación[45] y divorcio[46] son regulados por el Código civil, lo propio sucede en Colombia[47] y Venezuela[48].

Sea que se acoja una u otra concepción, las crisis matrimoniales imponen la adopción de

[38] GARCÍA MEDINA, J., "Crisis matrimoniales y derechos de los menores", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 223-252.
[39] VARELA DE LIMIA, F. *La separación convencional de los cónyuges en el Derecho español*. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1972, pp. 22-23.
[40] *Ibídem*, p. 10.
[41] BUIS, E. "Matrimonios en crisis y respuestas legales: el divorcio unilateral o de común acuerdo en el derecho ateniense", *Faventia* 25/1, Barcelona, Universitat Autónoma de Barcelona, 2003, pp. 9-29.
[42] GARCÍA MEDINA, J. "*Crisis matrimoniales y… Op. cit.*
[43] ROMERO NAVARRO, F., "Coparentalidad y género", pp. 17-18, *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social* (Barcelona), núm. 2, 2009, pp. 11-28.
[44] Cce artículo 73 y siguientes.
[45] Cce artículo 81 y siguientes.
[46] Cce artículo 85 y siguientes.
[47] Nulidad matrimonial (artículo 140 y siguientes del Código civil colombiano). Separación (artículo 165 y siguientes del Ccc). Divorcio (artículo 154 y siguientes Ccc).
[48] Nulidad matrimonial (artículo 117 y siguientes del Código civil venezolano). Separación (artículo 188 y siguientes). Divorcio (artículo 185 y siguientes del Ccv).

medidas tendentes a resolver diversas dimensiones: económica[49], familiar, social y personal en las relaciones entre los propios cónyuges y que inexorablemente alcanzan a sus hijos[50].

Ese alcance es inevitable, pues las tensiones y desgastes en la relación entre los cónyuges constituyen desencuentros -si hablamos de cara al divorcio- que pueden caracterizarse por conductas indebidas entre los cónyuges que inobserven el deber de respeto mutuo[51]. Esa sola y triste situación termina por afectar, seria y profundamente, a los hijos menores. En este sentido, Vásquez[52] explica que, si bien es cierto que ya no tiene importancia –como causal de divorcio- el que los cónyuges cumplan o no con el deber de respeto entre ellos, sí cobra vital importancia cuando hay de por medio hijos menores. Porque son quienes pueden verse sensiblemente afectados por las relaciones tirantes y hasta violentas entre sus progenitores, al presenciar conductas indebidas que pueden erigirse como modelos y patrones para sus relaciones en el futuro. Todo lo cual, resulta deplorable; por tanto, el interés de los menores hijos se constituye en el límite infranqueable de la conducta de los progenitores. "La consigna sería ésta: haced lo que queráis pero ¡cuidado con los hijos menores!"[53].

Es cierto, que la familia como núcleo fundamental debe -y además lo hace- sobrevivir a la crisis matrimonial. Pero la crisis misma, la somete a embates, desbarajustes y reacomodaciones que cobran un alto *dividendo* en el ánimo de sus miembros. Y los más damnificados son los hijos menores[54], quienes deberán soportar el peso de ajustar su rutina diaria en todas sus dimensiones:

> Con frecuencia, tras el divorcio o la separación, los niños han de reubicarse en un barrio nuevo y en una escuela distinta, con la consiguiente pérdida de sus relaciones con sus iguales y con las actividades hasta entonces habituales, viéndose obligados a realizar un muy costoso esfuerzo adaptativo a esos nuevos contextos. Junto a estas

[49] JUANES PECES, A. y GALVAN ARIAS, J., "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familias en los casos de crisis matrimonial", p. 969, *La Ley*, núm. 3, 1992, pp. 969-974.
[50] PÉREZ CONCESA, C., "La mediación familiar ante las crisis matrimoniales", p. 16, *Aranzadi Civil*, núm. 11, 2004 (octubre), Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 16-29.
[51] En Colombia la Constitución Política consagra el respeto como un principio informador de las relaciones familiares, cuando en su artículo 42 observa que "…Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad…" COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991
[52] VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y divorcio*, DIJUSA, Madrid, 2005, pp. 95-96
[53] VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C. *Matrimonio y divorcio*, DIJUSA, Madrid, 2005, pp. 95-96.
[54] ROBLEDO BUCIO, M. "Profesores y mediación familiar como alternativa para una mejor adaptación de los niños/as ante el divorcio", p. 32, *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social* (Madrid), núm. 3, 2010, pp. 31-40.

> circunstancias, en el hogar se encuentran con unas funciones paternales seriamente disminuidas, justo en el momento en el que necesitan más que nunca de un entorno estable y sensible, para desarrollar su personalidad tanto fuera como dentro de la «familia». Con frecuencia, los cambios consecuentes a la separación obligan a algunos de los hijos a asumir una serie de responsabilidades dentro del hogar, como, por ejemplo, hacer de cuidadores de los hermanos más pequeños, o, incluso, a tener que proteger a un padre o a una madre emocionalmente necesitados. Esta eventualidad puede ser motivo de orgullo para el niño e incluso favorecer el desarrollo del sentimiento de compasión y de responsabilidad moral, pero, si la situación es prolongada, el precio que han de pagar es muy alto, pues pierden la ocasión de disfrutar de los privilegios de la infancia y de la adolescencia, así como de importantes aspectos de su desarrollo social...[55]

Como resultado de la crisis matrimonial, los roles que normalmente los padres desempeñaban dentro del núcleo familiar resultan alterados. Por esta razón, de manera inexorable se atenta contra los derechos de los hijos menores, quienes, luego de contar con un espacio dentro del cual tenían *a la mano* tanto al padre como a la madre, deben afrontar cambios sensibles en la dinámica familiar[56]: no pocas veces "con la ruptura del matrimonio se ha perdido la coparentalidad, las jerarquías no están bien definidas y las normas no son claras"[57].

Todo lo reseñado, les impone -entre otras circunstancias- horarios para compartir con un progenitor, y sin duda, ver cómo, ante sus ojos, la sensación de seguridad -que idealmente debe brindar todo núcleo familiar a un menor- se desvanece, y en su lugar, aparecen expectativas, incertidumbres y un sinfín de interrogantes sobre qué pasará con ellos, y se cuestionan si ellos habrán sido, o no, causantes de la crisis; ello, entre otras sensaciones y pensamientos que los agobian.

Todo lo referido, se traduce en que la estructura que, hasta ahora, el menor tenía en su imaginario, se va a trastrocar, y por ser el más débil de la estructura familiar, seguramente capitalizará para sí el mayor número de heridas y cicatrices a propósito de la crisis matrimonial porque "(…) los conflictos conyugales comportan dolorosas secuelas para sus inmediatos protagonistas (tal vez incluso más difíciles o perdurables para sus hijos menores), que sin duda

[55] VALLEJO ORELLANA, R., SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO, F. y SÁNCHEZ-BARRANCO, pp. 96-97." Separación o divorcio: trastornos…, *Op. cit.*, pp. 91-110.
[56] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de la sustracción interparental de menores.", en *Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza 2004, pp. 9-32.
[57] MARTÍN ALONSO, H., PIZARROSO FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, A., p. 291, "La familia centrada en el niño: impotencia y desesperanza", *Cuadernos de Trabajo Social* (España), Vol. 26, núm. 2, 2013, pp. 285-293.

revierten de diversas maneras en el entorno social (…)"[58].

Los progenitores son los primeros y principales responsables de proveer a sus hijos, un medio adecuado que les permita una socialización y convivencia que satisfaga sus necesidades[59] y proteja sus intereses. Pero, a pesar de los esfuerzos sostenidos por minimizar la debilidad jurídica de los menores parece *florecer,* malignamente, hostiles experiencias y vivencias. Sobre todo, en el marco de enfrentamientos de los mayores a su cargo (como los derivados de las crisis matrimoniales) quienes -con intención o sin ella- ubican a los menores en una posición desventajosa, y, además, como centro del conflicto donde se encuentran los divergentes criterios de los progenitores, quienes creen que sus esfuerzos y opiniones resultan ser los más apropiados para los hijos menores[60]. Todo lo que deriva en una pugna entre el interés superior del menor y el egoísmo de progenitores desavenidos[61].

Además, los menores con frecuencia, se ven obligados a tomar partido en un conflicto que si bien les afecta no les *pertenece*. Trance, que se *alimenta* de los intereses contrapuestos entre los cónyuges, quienes en el marco de su batalla tienen la tendencia a instrumentalizar a los menores para establecer quién ha salido ganador y quién perdidoso[62]. Es habitual, concebir como ganador de una *batalla familiar* a quien resulte con la titularidad del derecho de custodia, en contraposición con el progenitor a quien le otorgaron el derecho de visita. Esa asignación, se logra

> tras un largo y destructivo proceso de adjudicación por parte del juez a quién la ley le obliga a decidir y que no tiene más remedio que proceder a la búsqueda de pruebas, que las partes van creando artificialmente mediante manipulaciones del entorno y, lo que es peor, del protagonista de nuestra historia: el menor[63].

---

[58] TENA PIAZUELO, I. La mediación conyugal en las crisis matrimoniales, 2001. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200101-255141701013160.html>.

[59] GARCÍA OLALLA, M., "La familia como contexto de desarrollo y educación en la infancia", p. 13, *Letras de Deusto,* núm. 99, 2003, pp. 11-28.

[60] OBSERVATORIO LEGISLATIVO Y DE OPINIÓN. *Nuevo Código de infancia y adolescencia: antecedentes, análisis y trámite legislativo*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 22 -23.

[61] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución internacional de menores: o sobre ¿quién podrá defender a los niños?, *Revista de Derecho* (Venezuela), núm. 11, 2004, pp. 35-50.

[62] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el Derecho de familia y su vivencia en la práctica judicial,* Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá, 2008, p. 105.

[63]ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos clave para el debate (I)", p. 256 *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, 2000, pp. 271-273.

Incluso, pareciera que socialmente hay etiquetas para cada uno de los progenitores luego de la asignación de la custodia: *bueno* para el que queda a cargo de sus hijos y *malo* para el que no. Lo que, casi obliga a este último (*perdedor y malo*) "a mantener en alto las espadas o a generar un desistimiento progresivo por sentimiento de incompetencia o de cansancio en la contienda, produciéndose al final un abandono de las funciones parentales"[64]. Por tanto, el generalmente espinoso *iter* que transita la pareja en crisis, también lo caminan -de manera directa o indirecta- los hijos, y los menores son los más sensibles, los más frágiles y los más expuestos a riesgos y amenazas en estos casos[65], vulnerándose así, tanto el *status quo* como los derechos de los hijos (por acción o por omisión). "En un alto porcentaje de casos, la ruptura matrimonial es enormemente traumática"[66], entonces hay que detenerse y analizar las *huellas* que, la crisis matrimonial en sí misma y la actitud de los cónyuges ante ella, dejan en los menores, las que pueden ser inconvenientes, profundas y tristemente imborrables:

> La infancia es una etapa de crecimiento y desarrollo de la mente, el cuerpo y la personalidad y durante este proceso cualquier privación, por transitoria que sea, puede ser causa de daños permanentes en el desarrollo humano. Los niños y las niñas sólo tienen una oportunidad de desarrollo normal, de allí que sea compromiso de todos promover factores protectores y prevenir factores de riesgos que incidan en su bienestar[67].

Ante las crisis matrimoniales o ante el cese de la convivencia de uniones estables de hecho, ya se señaló, que los legisladores español, colombiano y venezolano han previsto *soluciones* jurídicas, pero García Medina advierte que tales previsiones legales no implican:

> …que se pueda ser aséptico completamente y mediante una "cirugía jurídica" separar lo que estaba unido porque eso no es posible ya que, si el punto de partida del núcleo familiar es la voluntad de dos adultos, los hijos que puedan integrar esa familia son sujetos sobrevenidos que tienen mucho que decir en las futuras relaciones de los ex cónyuges. Precisamente la condición de los menores opera como un límite a la capacidad de actuación de los padres ya que la minoría de edad se traduce jurídicamente en un conjunto de derechos que deben ser protegidos y amparados[68].

---

[64] ROMERO NAVARRO, F., "Coparentalidad y género", p. 24, *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social* (Barcelona), núm. 2, 2009, pp. 11-28.
[65] *Ibidem* p. 16.
[66] RODRÍGUEZ INYESTO, A., "Protección jurídica de los alimentos de los hijos en las rupturas conyugales", p. 838, *Revista de Derecho Privado*, España, 1989, pp. 838-847.
[67] MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. *Informe especial sobre violencia contra la infancia en Colombia,* Bogotá, 2006, p. 28.
[68] GARCÍA MEDINA, J., "Crisis matrimoniales y…, *Op. cit*. p. 224.

Hay que reconocer que "la separación y el divorcio no son hechos aislados en la vida familiar"[69]. Es indudable que los derechos de los menores privan ante los de los mayores, y en virtud de la filiación se considera a los padres protectores naturales[70] de los hijos. Pero, en el caso de crisis matrimoniales, paradójicamente son los progenitores quienes con su crisis de pareja o las causas de la crisis misma[71] se convierten en factor de riesgo y amenaza a los derechos de sus hijos: "Situaciones de abuso, de utilización, de instrumentalización o de violencia son más que frecuentes en estas situaciones y en las diferentes fases por las que cursa una crisis matrimonial…"[72].

Una de esas utilizaciones o instrumentalizaciones de los hijos menores se manifiesta en la sustracción ilícita de menores[73]. Fenómeno que, generalmente, se verifica durante la separación o divorcio o luego de su decreto[74]. Así, se vulneran los derechos que hasta ese momento y producto del divorcio o separación se han reorganizado y *deconstruido*, amén de convertir a los menores en "moneda de chantaje en la discusión de una pareja que ha dejado de serlo"[75]. Hay que reconocer que los procesos en sede judicial generan una *"judicialización* de la vida"[76]. Esa *judicialización* irradia de tal manera que unas relaciones personales, que por su naturaleza son privadas, dejan de serlo en alguna medida. Porque, tarde o temprano, se resentirán porque dejan de ser espontáneas[77] para pasar a ser arbitradas, controladas, medidas, ordenadas. Todo, lo que resulta contrario a una relación familiar en todo su sentido.

Además, las providencias judiciales sí que resuelven grandes conflictos: extinción de la relación, distribución de los bienes, días y horas de las visitas; pero, lejos están de poder conjurar

---

[69] MONTENEGRO A., H., *Separación matrimonial y conflicto conyugal. Sus efectos en los hijos*. Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago, 2002, p. 38.
[70] MEDINA PABÓN, J., *Derecho civil. Derecho…, Op. cit.*
[71] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (Juzgados de Catalunya)", p. 661, *Revista Jurídica de Catalunya* (Barcelona), núm. 3, 2003, pp. 657-688.
[72] GARCÍA MEDINA, J., "Crisis matrimoniales y…, *Op. cit.*, p. 226.
[73] BLANCO RODRÍGUEZ, J., y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de menores: una forma de violación de los derechos de los niños, niñas y Adolescentes", *Misión Jurídica* (Colombia), *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Bogotá), núm. 5, 2012, pp. 191-205.
[74] GARCÍA VICENTE, F. "Prólogo", *Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2004, p. 6.
[75] DE NAVASCUÉS, C. "Historia de las víctimas y problemas que surgen tras la recuperación de los menores", p. 57, en *I Congreso jurídico internacional sobre traslado ilícito de menores*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2001, pp. 57-60.
[76] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en pleitos por la custodia de menores", en *AREAS, Revista Internacional de Ciencias Sociales*, p. 40, núm. 42, pp. 39-50. Disponible en: https://revistas.um.es/areas/article/view/464101
[77] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*

nuevos tedios, a propósito de la crisis no sobrevivida: "malestar masculino vinculado en mayor o menor medida a una pérdida de poder y control sobre la mujer cuando se produce la separación y a un sentimiento de padre desplazado, vinculado a un menoscabo de su posición en la familia"[78]. Además, con pesar hay que admitir que en las disputas judiciales los menores, "son objeto (y no sujetos) de la disputa"[79], porque, aunque lo ideal es que poder conjugar las llamadas tres C: custodia, cuidado y contacto, la verdad es que no siempre se logra y si se impone, poco o nada han tenido que ver en esa decisión los menores y sus apreciaciones personales, pues *so pretexto* de que su voluntad es manipulable, poco se les oye de manera debida[80].

Pareciera -a las primeras de cambio- innecesario recordar a los padres que primero están sus hijos, no solo porque así lo dicta la ley natural, sino porque cada uno de los ordenamientos referidos lo establece como un mandato constitucional[81]. Pero, en el proceso de una crisis matrimonial podrían los cónyuges en condición de *contendores* olvidar el rol que como progenitores desempeñan y pasar por alto el proceso de priorización de los derechos, lo que transgrede en mayor medida a los menores[82]. Es precisamente, la cualidad de padres la que delimita la libertad de cónyuges; por tanto, hay que subrayar que la ruptura matrimonial no exime del cumplimiento de los deberes que, como progenitores deben honrar[83].

---

[78] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit., p.* 40.
[79] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit., p.* 46.
[80] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*
[81] La Constitución española en su artículo 39 numeral 4 asegura que "(…) Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos." Declaración que sin duda comporta el principio del interés superior del menor. La parte *in* fine del artículo 44 de la Constitución Política del Colombia reza que "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.". ESPAÑA. Constitución Española. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reza que "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes." VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860. Disponible en: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>.
[82] MONROY CABRA, M., *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2012, p. 91.
[83] GÓMEZ JIMÉNEZ, M. *Los derechos fundamentales…, Op. cit.*

Todo cuanto se ha referido a las crisis matrimoniales, se agudiza, profundiza y toma un matiz distinto a propósito de la internacionalización[84] de las relaciones familiares. Específicamente, en el caso de que el matrimonio es mixto[85], esto es, cuando la alianza matrimonial es protagonizada por ciudadanos de distintos países[86]. Situación, que se traduce en el encuentro (muchas veces desencuentro) de dos culturas en la convivencia que el matrimonio impone. También se les conoce como parejas (matrimonios) biculturales o interreligiosas[87]. La misma conformación mixta la pueden tener las parejas de hecho.

La condición arriba descrita, no es un factor que necesariamente incida en la generación de la crisis matrimonial o de pareja; pero, no se puede desconocer que a las desavenencias propias del matrimonio deben sumársele - tratándose de matrimonios mixtos- "factores suplementarios de conflicto: lengua, diferentes tradiciones familiares, culturales y religiosas que implican una diversa interpretación(…)"[88], además de la aspiración individual de cada progenitor de formar a sus hijos de acuerdo con su patrón cultural, educativo[89] y religioso, lo que profundiza las diferencias preexistentes entre los cónyuges o miembros de la pareja, que son progenitores.

Otra causa de crisis matrimonial -casi exclusiva- de los matrimonios mixtos es el hecho de que uno de los cónyuges -el que *dejó todo para casarse*- tenga altas expectativas de satisfacción

---

[84] LASARTE, C., "La Convención de la Conferencia de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1301, 1983, pp. 4-19.

[85] ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos menores por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE ABOGADOS DE FAMILIA *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 31-57.

[86] DIAGO DIAGO, M., "El Derecho de los hijos a mantener relaciones personales con ambos progenitores. A propósito de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y su extensión a la sustracción de menores", *Cursos de derechos humanos* de *Donostia-San Sebastián*, Vol. 4, 2003, pp. 205-220. PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre la Aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980", en *Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres*. Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN. Montevideo, 2002, pp. 33-46. Disponible en: <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/reunion_expertos.pdf>.

[87] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit*.

[88] GIL-ROBLES, J., "El Derecho de familia y la Constitución Europea: la acción del parlamento europeo", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 19-25.

[89] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del secuestro interparental", en *Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2004, pp. 33- 43. PÉREZ, M., "Sustracción internacional de menores", *Revista Servicios Sociales y Política Social*, núm. 50, 2000, pp. 125-130.

afectiva respecto del otro cónyuge. Esto es, existe casi la necesidad de que el cónyuge supla los espacios que afectivamente habían conquistado familiares y amigos en el país donde residía antes de migrar y si no lo hace, tal insuficiencia se interpreta como abandono, incluso traición[90]. Elementos todos, que sumados dan como resultado la crisis matrimonial. Por tanto, a estas parejas se les reconoce un alto riesgo[91] de crisis.

Cuando el matrimonio mixto deriva en divorcio, o la pareja de hecho en separación parece que representan *el caldo de cultivo*[92] para la sustracción internacional de menores. Pues, es obvio que luego de la ruptura, progenitores e hijos no puedan convivir bajo el mismo techo, lo que impone regular lo relacionado a la custodia, y visita de los menores[93]. Y es que todo adopta un tono y *volumen* distintos cuando sus progenitores vuelven a sus países de origen[94], porque de seguro querrán que sus hijos conozcan y experimenten, de primera mano, los valores de una sociedad y cultura a la que pertenece ese progenitor[95]. También, la internacionalización misma de las relaciones familiares, marcada por la libre circulación, amén de la globalización[96], facilita la migración sin mayores límites. Esa libre circulación puede derivar en que un progenitor termine lejos de sus hijos. Hoy, la tendencia innegable es que se contraen cada vez más matrimonios mixtos y se configuran parejas igualmente mixtas, con ello se gestan "asuntos fronterizos"[97] complejos; entre los que se cuenta, sin duda, el aumenta del número de crisis matrimoniales y de pareja, y con

[90] MONTENEGRO A., H., *Separación matrimonial y…, Op. cit.*
[91] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores", en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores) *Derecho Internacional Privado Volumen II*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 353-499.
[92] PÉREZ VERA, E. "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1993, pp. 101-114. DIAGO DIAGO, M., "Secuestro internacional de menores", *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 7, 2001, pp. 20-23. PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op.cit.* COLL TELLECHEA, M., "Aspectos piscológicos del… *Op. cit*.
[93] DIAGO DIAGO, M., "El derecho de…, *Op.cit.*
[94] GARCÍA VICENTE, F. "Prólogo", *Op. cit*.
[95] NGABONZIZA, D. "Los derechos de guarda y visita. La sustracción de menores. Los mecanismos de prevención". *Infancia y Sociedad: Revista de estudios* (España), núm. 33, 1995, pp. 184-191.
[96] SABIDO RODRÍGUEZ, M. "Consideraciones sobre el Convenio Bilateral entre España y Marruecos de 1997", en CALVO CARAVACA, A. e IRIARTE ÁNGEL, J. (eds.) *Mundialización y familia*, COLEX, Madrid, 2001, pp. 347-356.
[97] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas ii Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor". *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 14, núm. 1, pp. 286-312, p. 287. Disponible en:<https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>.

ese aumento de crisis también se incrementan las sustracciones internacionales de menores[98].

Los progenitores, hayan protagonizado un matrimonio mixto o no, deben luchar, permanentemente, luego de divorciados, por sosegar los egos[99], sofocar los rencores que podrían guardarse por su *historia conyugal* para dar paso al interés superior de los hijos, quienes quieren, necesitan y deben contar con lo que han sido para ellos: padres que no cónyuges entre sí. Lo propio debería suceder luego de la separación de las parejas mixtas. Muy seguramente en el imaginario de los hijos, sus padres no son cónyuges, ni protagonizan una pareja, de manera llana son sus padres, es decir, su eje. Por tanto, la *historia conyugal* o de la pareja no debería opacar o marchitar la *historia familiar* de los hijos. El divorcio extingue el matrimonio, pero no la familia[100]. La que pervive también a la pareja.

Ahora bien, por lo que el derecho de los menores es prevalente y las normas que los regulan tienen carácter tuitivo, cada legislador ha previsto los mecanismos que garantizan el pleno ejercicio de los derechos de los hijos luego del divorcio de sus padres y de la ruptura de la pareja, según sea el caso, esto es, establece maneras de que los hijos continúen protagonizando su *historia familiar* post-divorcio y post-ruptura. Los derechos de los menores se conciben y garantizan con prescindencia del contexto: los derechos de los menores son los mismos cuando sus padres están casados o unidos, que cuando están divorciados o la pareja se ha separado; así es que el estatus jurídico de los hijos no depende de la vigencia de la relación jurídica entre sus padres, como lo asegura Rodríguez Inyesto:

> Cuando el matrimonio ha naufragado al Derecho sólo le queda "recuperar los restos del naufragio", y esto implica mirar primordialmente por los hijos (…).

---

[98] DIAGO DIAGO, P., "La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos", en CALVO CARAVACA, A. e IRIARTE ÁNGEL, J., *Mundialización y familia*, COLEX, Madrid, 2001, pp. 143-176. PÍAS GARCÍA, E., "El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores", en ZARRALUQUI, L., y otros, *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 21-44.

[99] "Finalmente la meta de la autorrealización individual se ha ido imponiendo poco a poco como núcleo de la relación familiar: de una unión enfocada pensando en el otro en pro de la felicidad, se está pasando a considerar a la familia como mero instrumento que permita egoístamente la realización del yo: de un ´familiarismo social´ (…), se está pasando a un individualismo egoísta (…) que lleva a la obsesión de tratar por todos los medios de no condicionarse a los demás pensando en el riesgo que ello supondría para la no realización plena de cada uno." PORTERO SÁNCHEZ, L., "La separación matrimonial en el nuevo derecho matrimonial español", p. 430, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 1982, Salamanca, Universidad Pontifica de Salamanca, pp. 429-473.

[100] YÁRNOZ-YABEN, S. "Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles", *International Journal of Clinical and Health Psychology* (España), Vol. 10, núm. 2, 2010, pp. 295-307.

> La ruptura matrimonial (…) no puede ser la puerta por la que uno se evada de las obligaciones trascendentales. En el extremo, el derecho a la realización personal intentando tantos matrimonios o sucedáneos como sea necesario hasta cuajar una relación estable no puede primar sobre los derechos de los nacidos de esas uniones[101].

En el marco de una vida familiar ideal, donde hijos y padres conviven bajo el mismo techo de manera armónica, es difícil disgregar cada una de las obligaciones de los padres para con sus hijos menores, pues resulta natural y obvio que el padre y la madre deben velar por el bienestar y dignidad de sus hijos: lo que en la cotidianidad de la vida familiar se cumple sin claras delimitaciones. Por ejemplo, durante el cumplimiento de la obligación alimentaria, sentados todos a la mesa, también se verifican los contactos y experiencias que permiten corregir al hijo menor. Todo lo enumerado, hace parte de la custodia en una misma situación intrafamiliar[102].

Por eso, cuando la convivencia entre ambos progenitores no es posible, empiezan a evidenciarse una a una las dimensiones de las relaciones paternofiliales y eso significa que debe detallarse el alcance y propósito de cada una de ellas, para asignar a los progenitores el tiempo, modo y lugar del cumplimiento de las prestaciones que implican. Entonces, todo aquello que transcurría de modo espontáneo, producto -seguramente- de acuerdos tácitos ahora debe pasar por el tamiz de un acuerdo explícito, homologado judicialmente.

1.1 Relaciones paternofiliales postcrisis

Debemos entender que las relaciones paternofiliales son las relaciones jurídicas que se tejen entre padres e hijos y determinan los deberes y derechos de los progenitores sobre su menor hijo y los bienes de éste[103]. Cuando se establece el fundamento de las relaciones paternofiliales se comprende porqué éstas subsisten a pesar de la extinción del matrimonio en vida de ambos cónyuges o de la separación de la unión de hecho. Entonces, se debe recordar que, en punto del parentesco, son mayores los derechos, deberes y obligaciones entre parientes consanguíneos que entre parientes afines. Así, el parentesco por consanguinidad es sensiblemente más relevante que el de afinidad; amén de que mientras más cercano es el grado de parentesco mayores son los efectos

[101] RODRÍGUEZ INYESTO, A., "Protección jurídica de…, *Op. cit.* p. 839.
[102] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I: personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, p. 247.
[103] DIAGO DIAGO, P., "La mundialización y…, *Op. cit.*

que de él se derivan, es lo que se conoce como el principio de proximidad de grado.

Ahora, centrándose en el parentesco por consanguinidad la relación más intensa y extensa en los ámbitos personal y patrimonial es la que se genera por el estado filiatorio, esto es, entre padres e hijos, lo que implica el primer grado de parentesco.

El Derecho de familia se fundamenta y regula básicamente dos hechos: la alianza de la pareja y la procreación. Pero, no establece entre ellos una relación de interdependencia, por tanto, los efectos de la procreación regulados a partir de la filiación no derivan de la relación de los progenitores entre sí, ni siquiera de la patria potestad, por eso es que, si se presenta la nulidad matrimonial, separación o el divorcio, incluso la privación, suspensión o extinción de la patria potestad los derechos y deberes derivados de la filiación subsisten, no cesan. Así persista un conflicto entre los progenitores o si entre ellos no ha existido más que una relación ocasional, no estable y de ningún modo han convivido. Sobre la filiación se cimienta la patria potestad, y es en el marco de esta institución que encontramos la regulación jurídica de las relaciones paternofiliales.

Lo normal e ideal es que ambos progenitores ejerzan y cumplan de manera conjunta los derechos y deberes que comporta las relaciones paternofiliales[104], pero si por algún motivo no es posible la convivencia de los protagonistas de la familia, los derechos de los menores imponen que la familia siga unida a pesar del rompimiento de relaciones de los progenitores en cuanto cónyuges y compañeros de vida; pues se deben honrar las relaciones paternofiliales y proteger a los menores hijos para quienes resultan especialmente dolorosas las crisis matrimoniales[105]. Por tanto, la condición de progenitor nada tiene que ver con la de cónyuge ni pareja, lo que comporta a su vez que los padres deban esforzarse sensiblemente en concretar y honrar acuerdos que les permitan zanjar diferencias y desencuentros, para así priorizar a sus hijos, ejercer plenamente sus derechos y cumplir cabalmente con sus deberes como progenitores para no interferir en las relaciones de los hijos con el otro progenitor[106] cuando han tenido una como pareja o una *historia conyugal*.

El fundamento de las relaciones familiares y los deberes derivados de la filiación es la

[104] *Ibídem*
[105] *Ibídem*
[106] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el…, Op. cit*., p. 92.

consagración constitucional[107] y legal del derecho de los niños a conocer a sus progenitores y a ser cuidados por ellos.

Por tanto, los ordenamientos jurídicos de España, Colombia y Venezuela atribuyen a los progenitores, en principio, la oportunidad de acordar cómo se van a cumplir, luego del divorcio de la separación de la unión de hecho las obligaciones derivadas de las relaciones paternofiliales.

En España si el proceso de divorcio o separación se inició de común acuerdo los cónyuges deben presentar el llamado Convenio regulador cuyo contenido se describe en el artículo 90 del Cce[108]:

[107] La Constitución española consagra en su artículo 39 "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". La Constitución Política de Colombia, artículo 44: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia". La CRBV en su artículo 75 consagra que: "Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional."

[108] En España en virtud del numeral 4 del artículo 9 del Cce. establece que: "El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo". Esta advertencia se hace porque en España coexisten varios Derecho civiles: el Derecho civil general, las normas jurídicas de carácter especial y la Constitución de 1978 "posibilitó la asunción de competencias sobre la `conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autonómicas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan´", esto hace que nos refiramos a las disposiciones del Código civil pero dejando a salvo las disposiciones de los derechos civiles forales.

> El convenio regulador a que se refieren los artículos 81[109] y 86[110] de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:
> a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
> b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
> c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
> d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
> e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
> f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.
> Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter, a la consideración del juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.
> Las medidas que el Juez adopta en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.
> El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Pero, cuando el proceso inicia de manera contenciosa le compete a la autoridad judicial adoptar medidas sobre los aspectos reseñados en el artículo transcrito, y tendrá, necesariamente, que salvar los aspectos incompatibles con la naturaleza contenciosa, por ejemplo, nada dirá el Juez sobre la liquidación del régimen de gananciales, lo cual deberá resolverse en otro procedimiento a

[109] ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE N° 206. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Artículo 81. "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

[110] ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE N° 206. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Artículo 86. "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81".

petición de los interesados[111].

En Colombia cuando los cónyuges han decidido divorciarse de común acuerdo –ya en sede notarial, ya en sede judicial- deben presentar con la petición de divorcio un acuerdo que verse sobre la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria (…) indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas[112].

En Venezuela, al no estar consagrado, legislativamente, el divorcio por mutuo acuerdo si en la relación matrimonial no se ha verificado una de las causales contempladas en el artículo 185 del Ccv. los cónyuges pueden obtener el divorcio, y para ello deben elegir entre dos opciones: la separación de cuerpos no contenciosa[113] o solicitar el divorcio por ruptura prolongada de la vida en común, de conformidad con el texto del artículo 185-A, Ccv.[114].

En el primer caso por mandato del Código de procedimiento civil[115] en su artículo 762 los cónyuges al presentar la solicitud de separación de cuerpos deben, entre otros recaudos, adjuntar "1° Lo que resuelvan acerca de la situación, la educación, el cuidado y la manutención de los hijos", si el acuerdo es homologado por el Juez, luego de conversión de la separación en

[111] CUERVO, E. y ALFAGEME, S., *¿Me caso o convivo?*, Editorial Del Vecchi, S.A., Barcelona, 2007, p. 169.
[112] COLOMBIA. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 4436 de 2005, 28 de noviembre, por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005. Literal c) del artículo 2: se señalan los derechos notariales correspondientes.
[113] VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. Código Civil de Venezuela. Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria de 26 de Julio de 1982. Artículo 185. Debe ser no contenciosa, porque las causales que sirven de fundamento a la solicitud de separación de cuerpos contenciosa son las seis primeras (de siete) que contempla el artículo 185, esto es, las mismas que para el divorcio.
[114] VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. Código Civil de Venezuela. Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria de 26 de Julio de 1982. Artículo 185-A. Sobre la base del artículo 185-A: "Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común (…)"
[115] VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil (Cpcv). Gaceta Oficial Extraordinaria número 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990.

divorcio[116], sigue rigiendo[117].

Los acuerdos presentados por los cónyuges sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las relaciones paternofiliales deben ser homologados por la autoridad competente, la que debe verificar que se atiende y garantiza el interés superior de los menores hijos. Para ello, resulta conveniente establecer con claridad la definición, fundamento y alcance de las relaciones paternofiliales en los países de referencia.

1.1.1 Patria potestad

1.1.1.1 Definición y propósito

Cuando se detalla el régimen jurídico de los menores de edad deben contemplarse varias dimensiones: "la incapacidad de obrar (…), tanto delictual como negocial; los regímenes de incapaces que son propios de la minoridad y el sometimiento de los menores a la potestad de otras personas"[118].

En este último particular los menores, "por su condición de parte débil"[119], están sometidos a regímenes que protegen su patrimonio y proveen al gobierno de su persona. Esos regímenes los

[116] VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil (Cpcv). Gaceta Oficial Extraordinaria número 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990. Artículo 185: "(…) también se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges. En este caso el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior".

[117] VENEZUELA. Congreso de la República de Venezuela. Código de Procedimiento Civil (Cpcv). Gaceta Oficial Extraordinaria número 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990. Cpcv. Artículo 765 "La sentencia de conversión de la separación de cuerpos en divorcio, respetará los acuerdos de los cónyuges relativos a los hijos sin, perjuicio de poder resolver otra cosa cuando de los autos aparezcan elementos de prueba que aconsejen tomar las medidas y resoluciones a que se refiere el artículo 192 del Ccv. Si se alegare la reconciliación por alguno de los cónyuges, la incidencia se resolverá conforme a lo establecido en el artículo 607 de este Código. "(…) En fecha 2 de octubre de 2003, el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, Juez Unipersonal XII, declaró con lugar la solicitud de conversión en divorcio de la separación de cuerpos y bienes, y declaró disuelto el vínculo matrimonial existente entre los ciudadanos ISMAEL JESUS URREIZTIETA VALLES y LIZA TEAL LINDER PADDLEFORD y homologó en los mismos términos, fines y condiciones lo establecido por las partes, en lo concerniente al régimen de visitas, -hoy, régimen de convivencia familiar-, guarda y custodia-hoy, responsabilidad de crianza y custodia-, y pensión de alimentos-hoy, obligación de manutención (…)". VENEZUELA. Sentencia de la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional de fecha 11 de junio de 2010. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2010/junio/2094-11-AP51-R2009-014383-.html>.

[118] AGUILAR GORRONDONA, J. *Derecho civil i., Op. cit.,* p. 216.

[119] DIAGO DIAGO, P., "La mundialización y…, *Op. cit.,* p. 143.

ejerce otra u otras personas que en sí mismas los representan legalmente[120]. Ya he señalado que los padres -sus protectores naturales[121]- se consideran los más aptos e idóneos por esa cualidad. Y es que se presume que el afecto, la dedicación, la cercanía marcada por los lazos de sangre hacen que el ánimo protector de los progenitores surja espontáneamente por la procreación; por tanto, no hay como los padres para proteger[122] a los hijos en especial los menores.

Es así, como las tres legislaciones de referencia les asignan a los progenitores el ejercicio de la patria potestad, la que ejercen salvo contadas y graves excepciones[123].

Es conveniente establecer que esta institución ha sufrido sensibles modificaciones en cuanto a su concepción, contenido y teleología desde sus orígenes. En alguna oportunidad, el *pater* en ejercicio de la patria potestad tuvo el derecho de decidir sobre la vida y muerte[124] de los hijos sometidos a su autoridad, todo cuando adquirieran éstos se incorporaba a la esfera jurídica del padre, además la autoridad ejercida sobre sus hijos no se extinguía, y era porque la institución estaba orientada al exclusivo beneficio y conveniencia del jefe de familia[125], sin tomar en cuenta el bienestar de la persona sometida a esa autoridad. Todo cuanto se relata hoy, en España, Colombia y Venezuela, hace parte de la reseña histórica de la institución de la patria potestad.

En los tres países de referencia ha quedado superada la idea de que la patria potestad era solo una atribución de autoridad que asignaba derechos e imperio especial a los padres para así *forjar* la personalidad de los hijos menores, a quienes se les reiteraba su posición sumisa, obediente y de inferioridad jurídica. Ese cambio de orientación se debe a que también han cambiado los ejes que sirven a la normatividad en el Derecho de familia: la jerarquía al interior de las familias y la *paz familia*r han dado un paso atrás para darle cabida a la prevalencia del interés superior del

---

[120] AGUILAR GORRONDONA, J. *Derecho civil I…, Op. cit.*

[121] "(…) la patria potestad es el régimen que ofrece mayores garantías para la protección de quienes están sometidos a ella porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.". AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I…, Op.cit.,* p. 229. "(…) está encomendada a sus padres y debido a que éstos son considerados los protectores naturales del hijo, estima el régimen como el más favorable para la persona e intereses del menor". HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I,* Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1999, p. 166.

[122] MORALES LANDÁZABAL, G. "Instituciones familiares: la familia de origen en la Ley Orgánica para la protección del niño y el adolescente", en *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, MORAIS, M. (coordinadora), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pp. 251-296.

[123] Como las causas que dan lugar a la privación y a veces extinción de la institución, y para tales supuestos se prevé otro régimen de protección: la tutela, por cuanto el menor por su condición misma no puede (dependiendo de la edad y de la legislación) proveer a sus necesidades en intereses.

[124] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I…, Op. cit*.

[125] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I... Op. cit.*

menor[126] y al principio de la igualdad de las personas[127] que impone la igualdad jurídica de la mujer y el hombre en todas las relaciones incluyendo el sistema de relación con sus hijos, entre otros.

La patria potestad ha pasado, entonces, de ser una autoridad especial donde los hijos debían rendirles pleitesía[128] a los padres, a convertirse en una institución en favor exclusivo del interés de los hijos menores, quienes deberán ser cuidados y formados por los progenitores hasta que alcancen la mayoría de edad[129].

La patria potestad, es la primordial vinculación jurídica entre padres e hijos[130], es una institución[131], una función[132] que comporta un conjunto bastante amplio de deberes-funciones[133],

[126] ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho civil en Europa", *Revista de Derecho UNED* (Madrid), núm. 3, 2008, pp. 167-199.
[127] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional en caso de sustracción del menor por uno de los padres: eficacia extraterritorial de las decisiones sobre guarda y visita (indagación de los convenios susceptibles de aportar las soluciones más útiles)", *Foro Manchego*, núm. 44, 1999, pp. 41-74.
[128] Cce. Artículo 154. "El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre. Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior".
[129] DIAGO DIAGO, P., "La mundialización y…, *Op. cit.*
[130] MORALES, G., "Instituciones familiares: la…, *Op. cit.*
[131] GARCÍA RIVAS, F., "Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código civil. ", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 37, 2006, pp. 77-102.
[132] "Es lo cierto que, conforme viene manteniendo esta Sala, entre otras, sentencia de 27 de enero de 1998, la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, superada ya la vieja concepción del poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integran un conjunto de derechos y deberes que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo en todos los órdenes, de dichos menores; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyace en el artículo 154 del Código Civil y declara el Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de abril de 1963 , 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987, entre otras, y en tal concepción se insiste a través de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de fecha 15 de enero de 1996, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, artículo 2º, lo que se reitera en el artículo 11,2 de dicho texto legal , en cuanto principio rector de la actuación de los poderes públicos". ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7354399&links=patria%20potestad&optimize=20150422&publicinterface=true>.
[133] "(…) El principio del interés del menor implica la debida protección de este por sus progenitores a quienes está encomendada la patria potestad, como deber función (…)" ESPAÑA. Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 23 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7351265&links=patria%20potestad%20es%20una%20instituci%F3n&optimize=20150417&publicinterface=true>.

facultades y poderes[134] que se derivan de la relación natural[135] paternofilial -con prescindencia de si el o los hijos nacieron en el marco de un matrimonio, una relación estable de hecho[136] o a propósito de una relación de otra naturaleza[137]- y que ejercen los padres sobre los hijos. Consiste pues, en un régimen de salvaguardia de los hijos menores no emancipados cuyos padres deben velar por ellos y se convierten así, en garantes de su protección[138]; además: "es el régimen que ofrece mayores garantías para la protección de quienes están sometidos a ella porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos"[139].

Se concibe en beneficio, principalmente, de los niños, niñas y adolescentes sobre los que se ejercen sus atributos[140], sin embargo, en el ejercicio cabal de sus atributos subyace un interés social[141], colectivo: el que los menores sean formados, educados y vigilados para evitar que ocasionen daños antijurídicos[142].

1.1.1.2 Titularidad y ejercicio

La titularidad de la institución de manera exclusiva y conjunta les corresponde - en los tres países[143]- a los progenitores[144], aun cuando sean menores de edad[145], con prescindencia de si están o no casados, porque, como ya se dijo, la patria potestad se fundamenta en las relaciones

---

[134] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I…, Op. cit*.
[135] PEÑARANDA QUINTERO, H. *Derecho civil I: Derecho de personas.* Editorial de La Universidad del Zulia, Maracaibo, 2008, p.251.
[136] *Ibídem*
[137] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit.*
[138] PEÑARANDA QUINTERO, H. *Derecho civil I…, Op. cit.*
[139] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I…, Op. cit.* p. 229.
[140] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit*.
[141] Así también lo asegura HUNG cuando escribe "Se la concibe como un oficio privado encomendado a los padres y con la finalidad mediata de protección social o protección de la comunidad por la vía del cuidado, la educación y el desarrollo de los menores dentro de la familia." HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I, Op. cit.,* p. 166.
[142] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I…, Op. cit.*
[143] Cce. Artículo 154: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. (…)" CONGRESO NACIONAL. Ccc. Artículo 288"(…) Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro." VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA). Gaceta Oficial 5.859 Extraordinaria, 10 de diciembre de 2007. Artículo 349: "La Patria Potestad sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas (…). Artículo 350: "Titularidad fuera del matrimonio y de las uniones estables de hecho En los casos de hijos e hijas comunes habidos fuera del matrimonio o de las uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, la Patria Potestad corresponde y la ejercen conjuntamente el padre y la madre (…)".
[144] MORALES LANDÁZABAL, G., "Instituciones familiares: la…, *Op. cit.*
[145] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I…, Op. cit.*

paternofiliales que no en el matrimonio o en la convivencia de los progenitores entre sí, pero también hay que advertir que en caso de no ejercer la patria potestad las relaciones paternofiliales subsisten[146], así que no se puede establecer una relación simbiótica entre ambos conceptos.

En el caso de España si los padres no conviven, por ejemplo, debido al divorcio, la norma[147] establece que la patria potestad será ejercida por el progenitor que conviva con el hijo salvo que el otro progenitor, con la pretensión de demostrar que será para el bien del hijo, solicite a la autoridad judicial que le sea permitido el ejercicio conjunto a pesar de la no convivencia. Sin embargo, hay que afirmar que la regla es el ejercicio conjunto y solo de manera excepcional se podrían atribuir todos o algunos de los deberes-funciones y derechos contenido de la patria potestad a uno solo de los progenitores[148].

---

[146] DIAGO DIAGO, P., "La mundialización y…, *Op.cit*.

[147] Cce. Artículo 156 "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

[148]QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004". Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2005, pp. 364-368. "(…) Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a (*sic*) sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio. La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación. La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores." ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid Sala de lo Civil de fecha 26 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6533471&links=permanencia%20del%20menor%20con%20su%20madre&optimize=20121112&publicinterface=true>.

En Venezuela si los progenitores no conviven[149] se contempla igualmente un ejercicio conjunto y en caso de crisis matrimonial o cese de la convivencia de los unidos, son los progenitores quienes determinan de común acuerdo el ejercicio de los atributos de la patria potestad, pero ésta es ejercida de manera conjunta[150]. Lo propio sucede en Colombia.

Los atributos de la patria potestad en cada país varían en cuanto a la denominación así el artículo 154 del Cce. enumera su contenido:

> Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:
> 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
> 2.º Representarlos y administrar sus bienes.
> Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.
> Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.

En Colombia la patria potestad, en atención al artículo 14 del CIA., es complementada por la responsabilidad parental que implica la

> …obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

En Venezuela la patria potestad comprende en virtud del artículo 348 de la LOPNNA: "la Responsabilidad de Crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos e hijas sometidos a ella".

Se denomina responsabilidad de crianza a la custodia y se explicará en otro apartado. La

[149] LOPNNA. Artículo350: "Titularidad fuera del matrimonio y de las uniones estables de hecho. En los casos de hijos e hijas comunes habidos fuera del matrimonio o de las uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, la Patria Potestad corresponde y la ejercen conjuntamente el padre y la madre. (…)"

[150] LOPNNA. Artículo351: "Medidas en caso de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio. En caso de interponerse acción de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad de matrimonio, el juez o jueza debe dictar las medidas provisionales, en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que, teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes".

representación de los hijos está regulada por las normas que sobre la materia contempla el Ccv.[151] la regla es que ante la incapacidad negocial[152] de los menores de edad, éstos requieren de una o más personas para que los representen en los actos civiles[153] y en su nombre celebren negocios jurídicos cuyos efectos se alojen en su esfera jurídica, y, en este caso, por las razones ya explicadas se considera a los progenitores los idóneos para proveer a los intereses de sus hijos menores[154], quienes representan incluso a sus hijos concebidos aún no nacidos[155].

Esta representación implica la sustitución del menor por el representante[156] y como su objetivo es subsanar la incapacidad general, plena y uniforme del hijo se entiende que la representación es para la realización de negocios jurídicos de toda naturaleza, salvo contadas excepciones marcadas por el carácter personalísimo de los mismos, por ejemplo, el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, el contrato de trabajo, entre otros[157].

En punto de la administración de los bienes de los hijos rige un principio general: y es que están sometidos a este régimen todos los bienes del menor, salvo contadas excepciones[158]. La norma es enfática cuando establece que los progenitores sólo pueden realizar actos de mera administración, lo que significa un claro límite en las facultades de los administradores

[151] Ccv. Artículo 267 "El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes. (…)" y siguientes.
[152] "En consecuencia, no obstante que el menor de edad tiene aptitud para adquirir derechos y deberes jurídicos (salvo en los supuestos excepcionales establecidos en la Ley), carece del poder necesario para producir efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad". HUNG VAILLANT, F., *Derecho Civil I*…, *Op. cit.,* p. 187.
[153] PEÑARANDA QUINTERO, H., *Derecho civil I..., Op. cit.*
[154] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit.*
[155] AGUILAR GORRONDONA, J., Derecho civil I: personas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, p. 256. En virtud de los artículos 925 y 1443 del Ccv.
[156] "Es como si el menor, gozando de la capacidad necesaria, hubiera realizado personalmente el acto". HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I, Op. cit.*, p. 187.
[157] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I..., Op. cit*.
[158] Ccv Artículo 272:"No están sometidos a la administración de los padres: 1º Los bienes que adquiera el hijo por herencia, legado o donación, con la condición de que los padres no los administren; pero esa condición no podrá imponerse a los bienes que vengan al hijo por título de legítima.2º Los bienes que el hijo adquiera por donación, herencia o legado, aceptados en su interés contra la voluntad del padre y la madre que ejerzan la patria potestad; si hubo desacuerdo entre éstos, la administración de tales bienes corresponderá al que hubiese querido aceptarlos. Los bienes excluidos de la administración de los padres, serán administrados por un curador especial que al efecto debe nombrar el Juez de Menores, siempre que el donante o el testador no hayan designado un administrador." Ccv. Artículo 273.- Los bienes que el hijo adquiera con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, serán percibidos y administrados personalmente por él, si ha cumplido dieciséis (16) años, en las mismas condiciones que un menor emancipado (…)". Ccv. Artículo 813.- La indignidad del padre, o de la madre, o de los descendientes, no daña a sus hijos, o descendientes, ora sucedan por derecho propio, ora sucedan por representación. En este caso ni el padre caso ni la madre tienen, sobre la parte de la herencia que pasa a sus hijos, los derechos de administración que acuerda la Ley a los padres de familia"

(progenitores) porque el legislador ha querido proteger especialmente el patrimonio de los menores, para conjurar consecuencias perniciosas producto de la temeridad o imprudencia de los progenitores[159].

Debe entenderse que los actos de mera administración son los encaminados a conservar y "sustraer de un peligro inminente"[160] a algún bien del patrimonio del hijo menor y en comparación con la eventual pérdida o daño que hubiese sufrido el bien, el gasto que se realizó para *salvarlo* resulta ínfimo, así también se consideran actos de simple administración la utilización -en beneficio del patrimonio administrado, claro está- de las rentas que generen[161] (como por ejemplo, el producto del canon de un contrato de arrendamiento cuya vigencia no exceda los tres años) lo que quiere decir que el patrimonio del menor se mantiene y en el mejor de los casos se incrementa.

Así todos los actos que impliquen "una disminución o peligro de disminución del patrimonio del menor; bien impide[a]n el incremento de dicho patrimonio o bien lo inmovilizan[cen] por un período de tiempo relativamente prolongado"[162] requieren previa autorización judicial y para lograrla se exige del o de los solicitantes la explicación y comprobación de que tal disposición redundará en beneficio del patrimonio del menor[163].

Ahora bien, las normas jurídicas sobre el ejercicio de las potestades de la patria potestad son de orden público -porque no pueden ser relajadas ni modificadas por convenios particulares- pero, actualmente, se abre paso a los convenios entre los progenitores y a la discrecionalidad judicial como fundamento para la concordia familiar luego de las rupturas maritales[164] para lograr un pacífico y pleno ejercicio de los atributos. En Venezuela, el legislador en el artículo 349[165] de la LOPNNA consagra como novedad los mecanismos que deben ponerse en práctica para resolver

[159] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I..., Op. cit.*
[160] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I..., Op. cit.*, p. 263.
[161] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit.*
[162] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I, Op. cit*., p. 195.
[163] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit.*
[164] MORALES, G., "Instituciones familiares: la…, *Op. cit.*
[165] LOPNNA. Artículo 349: "La Patria Potestad sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos e hijas, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del Artículo177 de esta Ley."

conflictos respecto del ejercicio de los atributos; para ello, se privilegian los acuerdos familiares, incluso la ayuda que pudiera significar un consejo o la opinión de especialistas en sicología, entre otras ciencias, y solo después de agotar esta *instancia familiar*[166] es que se podrá acudir a la instancia judicial.

En este caso específico de las crisis matrimoniales, Mazuera[167] señala que el ejercicio será conjunto pero serán inevitables ajustes o cambios relacionados con algunos de sus atributos y se refiere en particular a la responsabilidad de crianza porque la convivencia se verá afectada: el divorcio la imposibilita y, en el peor de los casos y en virtud de la causa –tasadas en el artículo 185 del Ccv.- que dio lugar al divorcio o a la separación contenciosa, se declarará la extinción de la patria potestad[168] como se detallará más adelante.

1.1.1.3 Privación

Ya se ha descrito el panorama ideal de un menor de edad: "en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"[169], bajo la potestad de sus progenitores en un ambiente armónico, saludable y garante de su bienestar, pero eventualmente los titulares de la patria potestad pueden comportarse de manera indebida incluso, convertirse en una amenaza para el bienestar del hijo menor, para esas circunstancias se prevé la privación de la patria potestad por las causas taxativamente contempladas en el ordenamiento jurídico.

Se entiende por privación la pérdida temporal del ejercicio[170] de esta institución que amerita un pronunciamiento judicial y que se impone como sanción a alguno o ambos progenitores cuando incumplen los deberes que, como progenitores, tienen o porque con sus acciones u omisiones ponen en peligro a los menores mismos.

En España se puede privar total o parcialmente del ejercicio de la patria potestad por el "incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial",

---

[166] MORALES, G., "Instituciones familiares: la…, *Op. cit.*
[167] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit.*
[168] *Ibídem*
[169] NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los derechos del niño*. Párrafo sexto del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada, el 27 de septiembre de 1990 y promulga da el 16 de octubre de ese mismo año. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf>.
[170] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I…, Op. cit*.

de acuerdo con el artículo 170 del Cce. El mismo artículo señala que si la autoridad judicial lo considera conveniente para el interés del menor el progenitor privado del ejercicio puede ser restituido siempre que haya cesado la causa que dio origen a la privación.

En Colombia, el artículo 310 del Ccc, consagra la suspensión (privación) de la patria potestad por la demencia del o de los progenitores, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Tal suspensión no exime a los padres del cumplimiento de los deberes respecto de sus hijos.

En Venezuela la LOPNNA en su artículo 352 describe las causales de privación:

> El padre o la madre o ambos pueden ser privados de la Patria Potestad respecto de sus hijos o hijas cuando:
> a) Los maltraten física, mental o moralmente.
> b) Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo o hija.
> c) Incumplan los deberes inherentes a la Patria Potestad.
> d) Traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
> e) Abusen de ellos o ellas sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
> f) Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos o hijas, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor o autora.
> g) Sean condenados o condenadas por hechos punibles cometidos contra el hijo o hija.
> h) Sean declarados entredichos o entredichas.
> i) Se nieguen a prestarles la obligación de manutención.
> j) Inciten, faciliten o permitan que el hijo o hija ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.
> El juez o jueza atenderá a la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de los hechos.

Las causales transcritas no generan *per se* la privación, es el Juez quien en cada caso deberá atender "a la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de los hechos" para luego pronunciarse[171]. La decisión que se adopte privando del ejercicio a un progenitor no es irrevocable[172]; por tanto, el progenitor privado, luego de dos años desde que haya quedado firme

[171] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I…, Op. cit.*
[172] *Ibídem*

la sentencia de privación, puede solicitar judicialmente su *rehabilitación*, esto es, su restitución[173] siempre y cuando demuestre que la causa que dio lugar a la privación cesó. El Juez no puede pronunciarse de oficio sobre la privación, se requiere la solicitud de la parte interesada[174].

1.1.1.4 Extinción

La extinción se diferencia de la privación en que luego de extinguida la patria potestad no pueden ejercerse nuevamente sus atributos, pero ya vimos cómo luego de surtido un procedimiento, el progenitor privado puede ser rehabilitado para seguir ejerciendo la patria potestad y su contenido.

En España las causales de extinción las consagra el artículo 169 del Cce. y son la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, la emancipación y la adopción del hijo. En la medida en que las funciones, deberes y obligaciones que se cumplen en ejercicio de la patria potestad son personalísimos éstos cesan con la muerte del progenitor y pasa lo propio si el beneficiario, el hijo, fallece; por tanto, extenderse en explicaciones al respecto resultaría innecesario. En cuanto a la emancipación se desarrollará en el apartado reservado a ella. Y en cuanto a la adopción hay que resaltar, entonces, uno de sus efectos y es la extinción del parentesco entre el adoptado y su familia de origen; así, al no existir jurídicamente la relación jurídica entre el hijo y sus progenitores de origen; esto es, al extinguirse la filiación mal podría subsistir la patria potestad.

En Colombia, la ley consagra tres tipos de emancipación: voluntaria, legal y judicial. La primera requiere concurrentemente del consentimiento de los progenitores y el menor hijo[175]. La

[173] Artículo355: "El padre o la madre privados de la Patria Potestad pueden solicitar que se le restituya, después de dos años de la sentencia firme que la decretó. La solicitud debe ser notificada al Ministerio Público y, de ser el caso, a la persona que interpuso la acción de privación o al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El juez o jueza, para evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad, debe oír la opinión del hijo o hija, la del otro padre o madre que la ejerza y la de la persona que tenga la Responsabilidad de Crianza del hijo o hija, según el caso. La solicitud de restitución de la Patria Potestad debe estar fundada en la prueba de haber cesado la causal o causales que motivaron la privación."

[174] LOPNNA. Artículo 353: "(…)Se considera parte interesada para interponer la correspondiente acción: el otro padre o madre respecto al cual la filiación esté legalmente establecida, aun cuando no ejerza la Patria Potestad y el Ministerio Público, actuando de oficio o a solicitud del hijo o hija a partir de los doce años, de los y las ascendientes y demás parientes del hijo o hija dentro del cuarto grado en cualquier línea, de la persona que ejerza la de (sic) la Responsabilidad de Crianza, y del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (…)".

[175] Ccc. Artículo 313: "La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consiente en ello. No valdrá esta emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa. Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aún por causa de ingratitud."

emancipación legal atiende a las causales siguientes: "1°. Por la muerte real o presunta de los padres. 2º. Por el matrimonio del hijo. 3º. Por haber cumplido el hijo la mayor edad. 4º. Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido."[176]. Y la judicial atiende a la verificación de una de las causales contempladas en el artículo 315 del Ccc.; considero que esta emancipación es una suerte de sanción para el progenitor respecto del cual se decreta y atiende a graves acciones u omisiones tales como:

> 1ª) Por maltrato del hijo
> 2ª) Por haber abandonado al hijo.
> 3ª) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.
> 4ª) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.
> 5ª) Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste (…)

En Venezuela, la patria potestad se extingue en los casos descritos por el artículo 356 de la LOPNNA:

> a) Mayoridad del hijo o hija.
> b) Emancipación del hijo o hija.
> c) Muerte del padre, de la madre, o de ambos.
> d) Reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la patria potestad, previstas en el Artículo352 de esta ley.
> e) Consentimiento legal para la adopción del hijo o hija, excepto cuando se trate de la adopción del hijo o hija por el otro cónyuge.
> En los casos previstos en los literales c), d) y e), la Patria Potestad puede extinguirse sólo respecto al padre o a la madre.

Las causales pueden clasificarse, en virtud de distintos criterios: en primer lugar, las que operan de pleno derecho -a), b) y c)- y, en segundo lugar, las que requieren pronunciamiento judicial para tal fin[177] c) y d). Las dos primeras, a) y b), son causadas por el hijo y el resto por el o los progenitores[178]; además, no todas las causales hacen que la extinción sea una sanción para el o los progenitores[179].

---

[176] Ccc. Artículo 314.
[177] LOPNNA. Artículo357: "La privación, extinción y restitución de la Patria Potestad deben ser decididas por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siguiéndose, para ello, el procedimiento en el Capítulo IV de este título."
[178] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I, Op. cit*.
[179] AGUILAR GORRONDONA, J., *Derecho civil I..., Op. cit*.

Respecto de las dos primeras causales, el hijo no pasa a otro régimen de representación. Pero, cuando se trata de la muerte de uno de los progenitores, resulta obvio decir que el hijo menor queda sujeto al ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor supérstite. Ahora bien, si ambos progenitores fallecen o si el sobreviviente no puede ejercer la patria potestad, el hijo será acogido por una familia sustituta[180].

1.1.1.5 Prórroga

En España, el legislador civil ha contemplado, en el artículo 171, en caso de que el hijo menor incapacitado llegue a la mayoría de edad o si el mayor de edad soltero que viva con sus padres fuere incapacitado la prórroga de la patria potestad, caso en el cual regirán preponderantemente las normas que rigen la incapacitación y subsidiariamente las que rigen la patria potestad.

La patria potestad prorrogada cesa por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; por la adopción del hijo; por la declaración de la cesación de la incapacidad, por haber contraído matrimonio el incapacitado. Pero, si para el momento en que cese la prórroga de la patria potestad la incapacidad subsiste se constituirá la tutela o curatela, de acuerdo con el caso.

Colombia y Venezuela no prevén prórroga alguna para el ejercicio de la patria potestad. Si el hijo alcanza la mayoría de edad y requiere de un régimen de protección, se deberá iniciar el procedimiento que terminará en la adjudicación de la tutela o curatela, así la patria potestad como régimen de protección está reservada exclusivamente para los menores de edad.

1.1.1.6 Emancipación

La minoridad comporta, en las legislaciones estudiadas, un régimen de protección especial

[180] LOPNNA. Artículo394 la define como "(…) aquélla que, no siendo la familia de origen, acoge, por decisión judicial, a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio familiar, ya sea por carecer de padre y de madre, o porque éstos se encuentran afectados en la titularidad de la Patria Potestad o en el ejercicio de la Responsabilidad de Crianza. La familia sustituta puede estar conformada por una o más personas y comprende las modalidades de: colocación familiar o en entidad de atención, la Tutela y la adopción.". Al respecto explica Poles que "El principio fundamental en nuestra legislación es la primacía de la familia de origen sobre la familia sustituta. Sin embargo, en aquellos casos donde no es posible o no es conveniente para su interés superior, que el niño, niña o adolescente sea criado en su familia de origen, debe dictársele una modalidad de familia sustituta". POLES, A. "La familia sustituta en la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y del Adolescente", en POLES DE GRACIOTTI, A. y otros, *Manual de Derecho Civil: personas*, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013, pp. 285-296.

basado en una incapacidad[181] de protección o defensa social[182], puesto que a los niños, niñas y adolescentes no se les reconoce capacidad plena negocial para todos los actos[183] -hay que dejar a salvo contadas excepciones- pero, con un ánimo protector, esto es, en virtud de que los individuos en este estadio etario no han alcanzado pleno desarrollo mental ni físico pudieran ser víctimas fáciles de engaño en distintos órdenes de su vida, tanto en el ámbito personal como patrimonial.

El legislador tiene el deber de proteger a todas las personas sin distingo, pero tratándose de los menores su ánimo y esfuerzo protector es mayor[184]. Todo lo cual sirve de fundamento a la patria potestad.

Pero, el mismo legislador prevé circunstancias –excepcionales- por las cuales el menor puede ganar *capacidad* y lograr la emancipación, lo que no significa que haya alcanzado plena capacidad jurídica pero sí es tratado y ubicado en un estatus intermedio entre el adolescente aún incapaz y el mayor de edad[185].

En cada país varían las condiciones para que se verifique la emancipación, ya de pleno derecho, ya previo decreto judicial. Pero voy a detenerme en la emancipación en España porque de los tres países en referencia es el único que consagra como causa de emancipación el hecho de que los padres del menor mayor de 16 años vivan separados.

Así, el artículo 320 contempla que "El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: (…) 2° Cuando los padres vivieren separados (…)".

Y llama la atención –al comparar esta posibilidad con las consagradas legalmente en Colombia y España-, porque ha establecido que el fundamento de la patria potestad no es la

[181] "La minoría de edad es la causa de incapacidad más amplia e importante y es comúnmente admitida en el Derecho comparado". IRIARTE ÁNGEL, J., "Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español", p. 371 en RODRÍGUEZ BENOT, A. (Director) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam, La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 363-410.
[182] Porque el legislador quiso proteger al incapaz de terceros que aprovechándose de su condición pretendieran derivar beneficios para sí, pero también quiso proteger al menor de sí mismo porque sin tener total conciencia pudiera actuar en perjuicio de sus intereses. LEAL RANGEL, J. "La emancipación", en POLES DE GRACIOTTI, A. y otros, *Manual de Derecho Civil: personas*, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013, pp. 237-247.
[183] HUNG VAILLANT, F., *Derecho civil I…, Op. cit.*
[184] ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, EDISOFER s.l., Madrid, 2006, p. 239.
[185] LEAL RANGEL, J., "La emancipación", *Op. cit.*

naturaleza de la relación entre los progenitores sino la filiación. Por tanto, no deja de ser extraño que se le permita el menor solicitar la emancipación al ser mayor de 16 años si sus padres viven separados, éste último supuesto se puede derivar del hecho de que sus padres no hayan convivido antes, de que estén en proceso de separación o de que estén divorciados.

Entonces, en España la emancipación puede ser uno de los efectos de las crisis matrimoniales, y es que parece que así se *castiga* la separación o el hecho de contraer nuevas nupcias, por cuanto esa decisión de los progenitores apareja una consecuencia relacionada con el ejercicio de la patria potestad, de manera excepcional -creemos- se *ata* el ejercicio pleno de la patria potestad a la convivencia entre ambos progenitores. Pero, también podemos entender que un adolescente de 16 años ha alcanzado mediana madurez y eso le permite opinar sobre su futuro luego de la separación de sus padres.

1.1.2 Derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores

La Convención sobre los Derechos del Niño[186] consagra este derecho en su artículo 18 numeral 1

> Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Resulta conveniente para un niño -un individuo en formación- tener contacto con ambos progenitores a quienes se les ha considerado sus protectores naturales. Sobre los efectos favorables del contacto con ambos progenitores se ha escrito desde la psicología. Así. se ha determinado que,

---

[186]NACIONES UNIDAS *Convención sobre los derechos del niño*. Párrafo sexto del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada, el 27 de septiembre de 1990 y promulga da el 16 de octubre de ese mismo año, Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf>.
Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.<< Disponible en: http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>.
Aprobada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991, publicada en el Diario Oficial 39640 de enero 22 de 1991. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10579> .
Ratificada e incorporada al ordenamiento jurídico venezolano como ley nacional el 29 de agosto de 1990, publicada en la Gaceta Oficial número 34.541. Disponible en: <http://www.unicef.org/venezuela/spanish/overview_15649.htm>.

aunque distintas son las maneras en que padre y madre se relacionan con el menor, y se materializan desde perspectivas desiguales[187], ambas son complementarias entre sí[188], hasta el punto en que parecieran dos partes únicas de un rompecabezas que al armarse pudiera leerse bienestar, seguridad, amor propio, estabilidad emocional, entre otras bondades. Romero Navarro asegura que "Ambas funciones pertenecen a la misma partitura y han de ser comprendidas como partes integrantes de una misma melodía"[189].

Ante una crisis matrimonial no superada es menester deslindar varios conceptos: matrimonio, familia y derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, que de otra no serían sino una amalgama tal, que sería muy difícil delimitarlos. El deslinde es ahora necesario con el único propósito de no hacer depender de la vigencia matrimonial a la familia y al interés superior de los hijos menores. Así las cosas, a pesar de que el matrimonio no pueda sobreponerse a una crisis matrimonial y termine sucumbiendo a ella, la familia debe sobrevivirle y el derecho de los menores debe permanecer incólume, casi *blindado*, para que puedan salir indemnes de tal situación cuya exclusiva competencia es de sus progenitores, y poder así seguir teniendo contacto con ambos.

El artículo 160 del Código civil español (Cce,) contempla que:

> Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial (…)

En Colombia el artículo 44 de la Constitución Política (CP) enumera entre los derechos fundamentales de los menores tener una familia y no ser separados de ella; y la Corte Constitucional ha entendido que la reglamentación de visitas es el "sistema por medio del cual se trata de mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna". Así, las visitas protegen al menor, permiten a cada uno de los progenitores ejercer sus derechos, facilitan el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos, todo para la unidad familiar.

[187] ROMERO NAVARRO, F., "Coparentalidad y género", p. 16, *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*, Barcelona, núm. 2, 2009, p. 16, pp. 11-28.
[188] *Ibídem*
[189] *Ibidem*

En Venezuela, al respecto el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) consagra "El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas".

El contacto de los menores con sus progenitores les permite *tejer* y consolidar desde el punto de vista afectivo vínculos, se trata de un sistema vincular[190] que, como tendencia, el menor busca estar en contacto con el prójimo y "es a través de las interacciones continuadas en el espacio, y en el tiempo, que el niño o la niña va a construir el vínculo afectivo"[191]. Es así, que se justifica suficientemente la necesidad de que el menor tenga derecho a relacionarse con ambos progenitores y que esas relaciones se concreten – ojalá sin interferencia- aun cuando el matrimonio entre ellos haya dejado de existir.

Alonso Carbajal asegura que

> En España, en los últimos años, se ha perfilado un modelo de relaciones familiares, en donde la intervención de los poderes públicos, en materia de infancia, tutela y protección de los derechos de los menores, se va haciendo cada vez más patente. En este cuadro intervencionista, las distintas Administraciones levantan el velo familiar fuertemente, con importantes medios pagados a través de la presión fiscal, y penetran en el entorno emblemático de la privacidad, supeditándola al interés social colectivo, de que los menores, puedan acceder a la mejor educación integral posible, entre la que se encuentra la más amplia y pacífica relación con sus dos progenitores, para que puedan incorporarse plenamente a la sociedad, en la que han de convivir y desarrollarse como personas, por su propio beneficio y por el de sus conciudadanos…[192].

Ahrons (citado por Yárnoz-Yaben)[193], sostiene que la coparentalidad es concebida como la relación armónica entre ambos progenitores en el ejercicio de su rol como progenitores. Por tanto la coparentalidad es el mejor panorama para que los hijos menores ejerzan plenamente el derecho

[190] CARBONELL, O., POSADA, G., PLATA, S. Y MÉNDEZ, S. "Las relaciones vinculares: un contexto para potenciar el Derecho al Bienestar de niños y niñas", *Derechos humanos y psicología, Cuadernos de Psicología*, Bogotá, núm. 1, 2005, pp. 31-38.
[191] *Ibídem,* p. 32.
[192] ALONSO CARBAJAL, A., "La responsabilidad patrimonial de la Administración en los secuestros interparentales de menores.", p. 295, *Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, España, núm. 13, 2001, pp. 295-299.
[193] YÁRNOZ-YABEN, S. "Hacia la coparentalidad…, *Op. cit.*

a relacionarse con ambos progenitores, lo cual se evidencia fácilmente mientras está vigente la alianza matrimonial, pero en caso de divorcio empiezan a *fraccionarse* los intereses y el ánimo paternal de *parcelar y capitalizar para sí* el amor de los hijos a veces surge por eso es inevitable que se generen efectos –casi siempre dañinos- colaterales en la esfera jurídica de los hijos menores.

El legislador en los países de referencia ha previsto el alcance de las obligaciones derivadas de las relaciones paternofiliales, el modo, tiempo y a veces el lugar de cumplimiento para garantizar así que la *historia familiar* de los hijos continúe y que sus necesidades sigan siendo satisfechas tras el divorcio.

Nos referiremos a la custodia, las visitas, la obligación alimentaria, a la emancipación[194] a y las demás consecuencias que para los hijos menores genera la crisis matrimonial, en especial el divorcio. Aunque no son las únicas aristas que se generan del divorcio respecto de los hijos, son las que se consideran principalmente de cara a la sustracción internacional de menores.

1.1.2.1 Derecho de guarda

1.1.2.1.1 Definición

Es una potestad que asigna el derecho de vivir con los hijos menores, de manera permanente o alternada de acuerdo con la modalidad que se haya adoptado en cada caso[195]. La guarda tiene como propósito cuidar al hijo de manera integral y proveer a sus necesidades e intereses cotidianos, lo cual implica la convivencia diaria.

En tanto, se vive con el hijo la guarda otorga a su vez obligaciones y poderes como el de "la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia"[196]. Pues, cuidar a los hijos implica diversas dimensiones: social, afectiva, física, intelectual, psicológica, entre otras[197].

En España, esta institución se denomina guarda, pero el legislador colombiano se refiere a

[194] En el caso de España.
[195]GUILARTE, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *InDret Revista para el análisis del Derecho* (Barcelona), 2008, pp. 2-33.
[196] *Ibídem,* p. 4.
[197] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*

la guarda cuando asigna el cuidado de un incapaz (menor o no) a una persona (familiar o no) y dentro de ese gran género se encuentra la custodia[198] de los hijos menores por parte de sus progenitores. Por su parte, el legislador venezolano se refiere a la guarda como la responsabilidad de crianza que implica a su vez el derecho de custodia y otras dimensiones que permiten una vinculación integral con sus progenitores, en tanto y en cuanto, todo su contenido apunta a un contacto inmediato, directo y consuetudinario: vivir con los hijos[199] pues solo la inmediación permite a los progenitores, cuidar física, moral e intelectualmente de sus hijos[200], y generar vínculos y apegos.

Los vínculos se erigen como el fundamento, el cimiento de la autoestima y de las competencias sociales[201] que vaya a desempeñar el menor cuando ya no lo sea. Mientras que los apegos afectivos y seguros le dan la confianza y seguridad al menor para explorar, intercambiar, descubrir y aprender[202].

1.1.2.1.2 Fundamento legal

En España, la materia está regulada por el Cce.[203] que se refiere a la guarda y custodia de los hijos menores como consecuencia de las crisis matrimoniales, por cuanto si los padres conviven la patria potestad y la guarda son ejercidas por ambos de manera conjunta. Ahora bien, el Cce. prevé en un completo artículo 92 las consecuencias que trae consigo la separación y el divorcio de los padres respecto de las relaciones paternofiliales, pero en este apartado se centrará el análisis en la custodia.

La custodia puede adoptar en España básicamente dos formas: exclusiva o monoparental y compartida.

Para adoptar una u otra modalidad el Juez debe considerar factores que giran en torno al

[198] CORREDOR ESPITIA, J. Conflictos en el…", *Op. cit.*
[199] MAZUERA ARIAS, R. "La patria potestad…", *Op. cit.*
[200] AGUILAR GORRONDONA, J. *Derecho civil I*…, *Op. cit.*
[201] GARCÍA OLALLA, M. "La familia como…", *Op. cit.* p. 15.
[202] *Ibídem*
[203] Pero dejando a salvo los derechos forales que ya existían para la entrada en vigencia de la Constitución y que regulan la materia.

interés superior del menor como: su bienestar integral (físico y espiritual); el derecho a ser oído[204]; el principio de la unidad fraternal[205] que consiste en hacer todo lo posible por no separar a los hermanos, entre otros. Además, debe considerar el informe del Ministerio Fiscal y las declaraciones de las partes para poder establecer con meridiana claridad cuál es el régimen de custodia ideal para el caso.

La custodia compartida no se presenta como una opción -así lo ordena el legislador en el numeral 7- cuando uno de los padres afronte proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, tampoco se podrá considerar cuando haya serios indicios de violencia doméstica.

El artículo en mención se esmera en advertirle al Juez lo delicado de la decisión que va a adoptar, en uno u otro sentido: ya custodia exclusiva, ya custodia compartida, por tanto, le reitera que debe apoyarse en conceptos y dictámenes calificados[206] que lo ilustren acerca de los beneficios

[204] Es enfático el legislador español cuando en el numeral 2 le ordena al Juez salvaguardar el derecho del menor a ser oído antes de que se adopte cualquier medida sobre su custodia, y es que así el legislador ratifica que considera a los menores sujetos de derecho.

[205] MAZUERA ARIAS, R., *La separación conyugal en Derecho venezolano y español*, Librería y Galería Sin Límite, San Cristóbal, 2009, p. 196.

[206] "(…) En el concreto supuesto de autos, un nuevo examen y valoración conjunta de la prueba practicada, lleva a esta Sala a concluir que tal principio del interés prevalente de los hijos y demás factores ya citados, son los que ha tomado en consideración la Juzgadora de Instancia para fundar su opción favorable a la custodia materna, de acuerdo, además, con lo interesado en tal sentido por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista. Las razones en que se fundamenta esta opción, referidas a que ha sido la madre la que normalmente se ha preocupado del cuidado y atención de los hijos tanto durante la normalidad de la convivencia matrimonial como después de producirse la separación de hecho en octubre de 2013, debido a la poca disponibilidad horaria del padre por razones laborales, dado que este se prolongaba desde las siete horas de la mañana hasta las ocho de la tarde, la circunstancia de que no es posible imputar a una dejación de las funciones de guarda de la madre las ausencias no justificadas de su hijo al centro escolar, motivadas en su mayor parte por el hecho, reconocido por ambas partes, de sufrir migrañas, que se ha agravado tras la crisis matrimonial, y el hecho de que pese a su trabajo a turnos, su disponibilidad horaria es superior a la del padre, no puede reputarse desvirtuadas por las alegaciones impugnatorias vertidas en el recurso, las más de ellas, con la única excepción de las faltas de asistencia del menor al centro escolar, están basadas en meras manifestación de parte, ya que no existe prueba alguna de las graves acusaciones de desatención y falta de cuidado de los hijos por parte de la madre que se vierten en el recurso. A ello no se opone la circunstancia de que en este caso las preferencias exteriorizadas por ambos hijos en la diligencia de exploración judicial hayan sido opuestas, pues debe partirse del principio de la conveniencia legalmente establecida de no separar a los Hermanos, dado que no existen razones de peso que otra cosa aconsejen. Ello es así porque partiendo de esa conveniencia de no separar a los hermanos, la pretensión del recurrente de dar prioridad para solventar el conflicto que plantea el hecho de que las preferencias de ambos hermanos no coincidan a la hora de expresar con cual (sic) de los progenitores desean convivir, a las de la hija menor, no están justificadas, aunque ello solo lo sea porque por razones de edad, la capacidad de maduración para formar una opinión libre de las inevitables interferencias que se producen en estos casos por parte de los progenitores que se disputan la guarda, es mayor en el hijo mayor que es además el único que en la diligencia de exploración ha dado razones en apoyo de mantener para ambos la custodia materna que son atendibles, dado que la menor se ha limitado a señalar que su preferencia por el padre lo es porque la madre tiene poco tiempo para ella, mientras que su padre se ocupa más (sic) de ella, lo que teniendo en cuenta que las estancias con su padre desde que se produjo la

o inconvenientes de la decisión en una orientación u otra.

En Colombia la legislación de menores *estrenó* en el año 2006 el Código de la infancia y la adolescencia[207] (Cia.), lo que derivó en una declaración legislativa más ajustada a las corrientes que, inspiradas en la Doctrina de la protección integral[208], fortalecen la protección de los infantes y adolescentes, pero es menester advertir que aún el Ccc. regula algunas instituciones como la patria potestad[209]. Por tanto, estas dos leyes deben aplicarse de manera concordante.

Como novedad el Cia en su artículo 14 contempla la responsabilidad parental:

> La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.
>
> En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

Entonces la custodia hace parte de la responsabilidad parental.

La Constitución[210] de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) consagra entre sus artículos el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser cuidados por sus padres y a ser criados en el seno de una familia[211]. Amén de que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene rango

---

separación de hecho de los progenitores lo es los fines de semana y vacaciones en que la disponibilidad horaria es mayor, no puede reputarse determinante. Lo cierto es que en el día a día su cuidado y atención lo ha llevado a cabo la madre, tanto durante la normalidad matrimonial, como así expresamente lo reconoció el recurrente en la declaración prestada en el acto del juicio (minuto horario 21,28 de la reproducción videográfica), como tras la separación de hecho y no existe razón alguna para alterar esta situación de custodia materna tras la separación (…)". ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo del 23 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7351261&links=custodia%20separar%20hermanos&optimize=20150417&publicinterface=true>.

[207] Colombia, Congreso de la República. (2006, noviembre 8). Ley 1098. Por la cual se expide el Código de Infancia y de la Adolescencia. Diarios Oficiales números 46.446 de 8 de noviembre de 2006 y 46.453 de 15 de noviembre de 2006. Entró a regir seis meses después de su promulgación, en virtud de su artículo 216.

[208] Los niños requieren que los adultos, hombres y mujeres que se relacionan con ellos desde lo afectivo o gubernamental den lo mejor de sí para que la raza humana constituidos por unos y por otros se acerque cada vez más a lo que pretende y debe llegar a ser. MARIÑO ROJAS, C. "Hacia una nueva infancia", en CHÁVEZ ASENCIO, M., GARCÍA MÉNDEZ, E., y otros, *Conflictos familiares, su prevención y tratamiento*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 259-269.

[209] Ccc. Artículos 288 y siguientes.

[210] VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Op.cit.*

[211] VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Op.cit.* Artículo 75 "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las

constitucional y se consagra en la Carta Magna ese derecho[212].

En el ordenamiento jurídico regula la materia la Ley Orgánica[213] para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (LOPPNA) cuya inicial vigencia data de 1998[214] cuando Venezuela cambió diametralmente la regulación de los menores -hasta ese momento se aplicaba la doctrina de la situación irregular que consideraba al menor como objeto de protección - y adoptó, con la entrada en vigencia de esta Ley, la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Esta Ley ha sido objeto de varias reformas parciales, pero la última relacionada con los atributos de la patria potestad data de 2007[215] -pues la reforma parcial de 2015 solo trata de la responsabilidad penal- y entre sus novedades se encuentra que el derecho de guarda pasó a llamarse responsabilidad de crianza, la reforma consistió además en la ampliación de su contenido que se describe en el artículo 358 de la LOPNNA:

> …el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre

personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

"Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley La adopción internacional subsidiaria de la nacional."

[212] VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Op.cit.* Artículo 78 "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes"

[213] VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Op. cit.* Artículo 203 "Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

"Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas.

"Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter." Además, una característica particular de las leyes orgánicas en Venezuela es que se encuentran en un rango jerárquico superior al resto de leyes.

[214] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA) Gaceta Oficial N° 5. 266, Extraordinario de fecha 2 de octubre del año 1998, pero entró en vigencia plena en 2000.

[215] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA). Gaceta Oficial 5.859. Extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

> de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes[216].

Aguilar afirma que las atribuciones que están contenidas en la responsabilidad de crianza tienen su "fundamento y límites en la finalidad para la cual han sido conferidas: la protección del hijo"[217].

Así en Venezuela, la LOPNNA en su artículo 360 consagra las medidas que se deben adoptar para el caso crisis matrimoniales:

> En los casos de demanda o sentencia de divorcio, separación de cuerpos o nulidad de matrimonio o si el padre o la madre tienen residencias separadas, éstos decidirán de común acuerdo quien ejercerá la Custodia de sus hijos o hijas, oyendo previamente su opinión. De no existir acuerdo entre el padre y la madre respecto a cuál de los dos ejercerá la Custodia, el juez o jueza determinará a cuál de ellos corresponde. En estos casos, los hijos e hijas de siete años o menos deben permanecer preferiblemente con la madre, salvo que su interés superior aconseje que sea con el padre[218].

El presupuesto para que surja la responsabilidad de crianza es la patria potestad y ésta se fundamenta en la filiación, así las cosas, el ejercicio de la responsabilidad de crianza no depende de la existencia y subsistencia de una relación matrimonial entre los progenitores del menor, antes le sobrevive y se refuerza la idea de que el ejercicio conjunto nada tiene que ver con el matrimonio o una convivencia común. Pero, en punto de la custodia sí es necesario aclarar que en caso de crisis matrimonial el ejercicio le corresponde a uno de los padres, si el menor aún no tiene siete años sabemos que el principio general es que se le atribuya a la madre[219], precepto que en España fue derogado del Cce por la Ley 11 de 1990, en honor al principio de no discriminación en razón del género. Lo cual indica que en Venezuela la custodia compartida es excepcional no solo porque así se deriva del precepto legal[220] sino porque la realidad sociológica genera una especie de dogma[221]:

---

[216] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para…2007, *op. cit.*
[217] AGUILAR GORRONDONA, J., Derecho civil I…, o*p. cit*. p. 247.
[218] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para…2007, *op. cit.*
[219] LOPNNA. Gaceta Oficial 5.859. Extraordinario del 10 de diciembre de 2007. Artículo 360.
[220] LOPNNA. Gaceta Oficial 5.859. Extraordinario del 10 de diciembre de 2007. Artículo 359.
[221] Que no pocas veces se traduce en prejuicio lo que atenta contra la igualdad de género en el marco de las relaciones familiares.

los hijos están mejor al cuidado de la madre que del padre, máxime en su primera y segunda infancia. No son pocos los estudios de orden sicológico[222] y sociológico que así lo determinan, por tanto, de manera excepcional será al padre[223] al que se le atribuya la custodia de sus hijos menores de siete años en virtud, siempre, al interés superior del menor. Cada vez más "muchos padres están asumiendo un papel más importante en el cuidado de sus hijos, el estudio de las relaciones del niño con el padre se ha ido fortaleciendo en los últimos años"[224].

1.1.2.1.3 Titularidad y modalidades

Se entiende que el ideal de un núcleo familiar es que padres e hijos vivan juntos, porque se

[222] "En materia de relaciones familiares, la mayor parte de la literatura psicológica sobre el apego se ha centrado en el vínculo madre-hijo y la importancia que ella tiene en el crecimiento de sus hijos, se ha considerado que la atención de las necesidades primarias del niño marca, en definitiva, la presencia única e indispensable de la madre." MORALES LANDÁZABAL, G., "La doctrina de…, *Op. cit.,* p. 14.

[223] Lo cual se puede evidenciar de la parte motiva de la sentencia del Juzgado de Protección de niños, niñas y adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas donde se expone el informe que realizó el equipo multidisciplinario luego de evaluar al menor, y a sus progenitores de cara a asignar la custodia en el marco del expediente número 20.794-2009. "Del Informe Integral realizado por el Equipo Multidisciplinario de este Tribunal, se observa que el niño se encuentra familiarizado con la pareja y con hermanos de simple conjunción procreados por su padre y su nueva pareja. Asimismo, se encuentra adaptado con el ambiente que le rodea y el conocimiento que tiene de cada área. Se constató que es un niño alegre, sociable, físicamente saludable, de contextura fuerte y maciza, piel sana, quien recibe en el hogar normas y hábitos, una alimentación adecuada y atención de la salud, y consentido por el grupo familiar. Concluyéndose que la estabilidad económica y habitacional del progenitor demandante es adecuada para atender tanto las necesidades del hogar y del grupo familiar; así como las atenciones del niño desde todo punto de vista, la interacción entre el niño y su padre luce espontánea, cariñosa, sincera y alegre. En el aspecto psicológico el padre no se aprecio (*sic*) alteraciones sensoperceptivas, que le impidiera asumir la responsabilidad de crianza de su hijo, y la madre no presentó para el momento de la evaluación patología mental detectable, solo demostró escaso compromiso para ejercer de lleno su rol materno, siendo los abuelos paternos y maternos quienes ejercen día a día el cuidado de sus otras hijas; en virtud de tales razones es por lo que el Equipo Multidisciplinario de este Tribunal recomendó, considerando la dinámica familiar de la madre y del padre y, en favor del bienestar integral del niño como Interés Superior que considerar, que sea el progenitor quien asuma la responsabilidad de crianza de su hijo, ya que era este quién se encontraba garantizándole todos sus derechos, considerándose apto para continuar ejerciendo dicha responsabilidad, sugiriéndose se estableciera un régimen de convivencia familiar que le permita al niño mantener contacto con su madre, hermanos y familiares maternos. En la presente causa existen elementos funcionales que deben considerarse para determinar el ejercicio de la Responsabilidad de Crianza y Custodia del niño, como es la presencia del padre que está dispuesto a asumir el cuidado diario y la representación de su hijo, como lo estaba ejerciendo, y la estabilidad en la que el niño se encuentra, adaptado a su entorno familiar. Todo este análisis hace llegar a la conclusión que lo más beneficioso para el niño tomando en cuenta su Interés Superior y en resguardo a su derechos a la Integridad, a vivir y ser criado en su familia de origen, por ser ellas de Prioridad Absoluta y sobreponerse a todos los derechos de sus padres, es otorgándole el ejercicio de la custodia a su progenitor ciudadano (…) Queda entendido que actualmente no existen criterios que impida a la madre a tener contacto personal y directo con su hijo, por lo que debe garantizar el ejercicio de la co-parentalidad como un medio de lograr la estabilidad psicológica del niño, por lo que se insta a los progenitores a fijar de mutuo acuerdo un régimen de convivencia familiar, en el cual la madre puede salir y disfrutar con su hijo, así como el del niño a compartir con su familia materna. En caso de no ser posible una fijación de Régimen de Convivencia Familiar por vía amistosa, se les insta a acudir ante la VENEZUELA. Fiscalía Octava del Ministerio Público o a una Defensoria (*sic*) de Niños, Niñas y Adolescentes para que se tramite el procedimiento conciliatorio, o en su defecto el judicial. Disponible en: <http://monagas.tsj.gob.ve/decisiones/2010/febrero/1701-23-20794-.html>.

[224] MORALES LANDÁZABAL, G. "La doctrina de…", *Op. cit.,* p. 14.

ha proclamado que el menor puede alcanzar el mayor grado de desarrollo cuando vive así: en el seno de una familia[225]. Pero ese ideal está marcado por matices, distorsiones y manifestaciones inadecuadas de la conducta humana, por eso es un ideal: un prototipo.

Por ser ideal no es la representación mayoritaria de la realidad; por tanto, el legislador en los países de referencia ha previsto qué pasa con el ejercicio de la guarda o la custodia, cuando no es posible que los padres sigan viviendo juntos entre sí y además con sus hijos.

Como ya se señaló, ambos progenitores pueden ser, después del divorcio, titulares de la custodia, lo que se conoce como custodia compartida, pero si en virtud del interés superior del hijo menor se establece que sea uno solo de los progenitores quien esté a cargo de la custodia, al otro progenitor se le podrá otorgar el derecho de visita, para así garantizar mediante la comunicación y contacto frecuente el resguardo de las relaciones paternofiliales, el derecho del hijo a mantener relaciones con ambos progenitores y el derecho del progenitor no custodio a compartir con su hijo, para honrar así, la igualdad de género en las relaciones familiares.

Por tanto, el deber es que se apunte y vigorice el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores a pesar -como ya se señaló- de una crisis matrimonial, porque los vínculos familiares (que incluyen idealmente a ambos progenitores) del menor "deben ser asegurados desde el mismo momento de su nacimiento, deben ser fortalecidos a lo largo de su existencia puesto que tales lazos aseguran pertenencia, estabilidad y felicidad al ser humano"[226].

En España[227], Colombia[228] y Venezuela[229] se contemplan las modalidades de custodia exclusiva o monoparental y custodia compartida, ya sea el titular uno solo de los progenitores o ambos.

Pero, en el caso venezolano, la misma norma considera que la modalidad compartida de la custodia tiene un carácter excepcional casi residual. Mientras que la norma colombiana y la práctica jurisprudencial española colocan en primera línea a esta modalidad.

---

[225] GÓMEZ JIMÉNEZ, M., "*Los derechos fundamentales*…", *Op. cit.*
[226] MORALES, G., "La doctrina de…", *Op. cit*., p. 43.
[227] Cce. Artículo 92.
[228] Cia. Artículo 23.
[229] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para…2007, *op. cit.* Artículo 359.

1.1.2.1.3.1 Custodia exclusiva

Esta modalidad parece que de un tiempo para acá resulta casi *odiosa* en tanto que promueve relaciones paternofiliales caracterizadas por un marcado desequilibrio[230] por cuanto hay cierta confrontación de roles: el progenitor custodio *vs*. el progenitor no custodio.

Lo que significa en la práctica, que el titular de la custodia se presenta como el gran protagonista en la vida de los hijos porque, inexorablemente, es con quien viven y esa convivencia genera amplios espacios y momentos para compartir, educar, formar, corregir, entretener; es decir, *hacer vida* y hacer parte de la vida de los hijos, en una proporción que no se puede comparar con horas, fines de semana, fracciones de vacaciones o recesos escolares a los que pueda tener derecho el progenitor titular del derecho de visita.

En cuanto se presenta ese desequilibrio pronto -como la ha admitido la jurisprudencia[231]- se pueden evidenciar varias situaciones: que el progenitor no custodio se esmere material y afectivamente en *compensar* al hijo por los momentos no vividos, lo que se puede traducir en una *compra de afectos y perdones*; otra de las opciones puede ser que el progenitor no custodio tarde que temprano se desinterese por realizar esos esfuerzos que algunas veces pueden resultar ingentes en busca del *cariño perdido o distante*, y termine por abandonar su rol como progenitor; en los peores casos puede suceder que el progenitor custodio se encargue de *malponer* al otro, y así, derribar cualquier imagen bondadosa, cariñosa y a veces épica que tienen los hijos respecto del otro progenitor[232] o que el progenitor no custodio en ejercicio del derecho de visitas, desborde todo

---

[230] "… En anteriores resoluciones (por todas SS AP Álava 11 de junio de 2013) decíamos que el régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño. En otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor". ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de fecha 17 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7347809&links=patria%20potestad%20ejercicio%20conjunto&optimize=20150414&publicinterface=true>.

[231] *Ibídem*

[232] Son tales los daños que se derivan de las manipulaciones que a veces los progenitores hacen de sus hijos a propósito de un divorcio y sus consecuencias emocionales que se han documentado varios síndromes como: Síndrome de alienación parental "Es un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición"-, Síndrome de Medea "se inicia con el matrimonio en crisis y la separación subsiguiente, y describe cómo los padres

límite, termine por sustraer a sus hijos, resquebraje todo equilibrio -si lo había- y desacate una providencia judicial con los perjuicios que puede generar en la biografía del hijo y de los que más adelante se detallarán.

Ahora bien, el análisis anterior no tiene cabida cuando uno de los progenitores no resulta idóneo para encargarse de sus hijos y pudiera incluso convertirse en una amenaza a sus intereses; en estos casos queda más que justificada la modalidad de custodia exclusiva, donde el progenitor no custodio podrá tener, a lo sumo y de acuerdo con las circunstancias el derecho de visita, porque hay que resaltar que las decisiones que se adopten en esta materia debe privilegiar el interés y bienestar de los hijos.

1.1.2.1.3.2 Custodia compartida

Sobre la conveniencia o no de la custodia compartida han sido diversas, disímiles y hasta contrarias las posturas: hay quienes la idealizan, mientras otros la consideran inconveniente por no brindarle estabilidad al menor e imponerle una vida con dos patrones y regímenes conductuales diferentes casi opuestos.

La custodia compartida implica -no pocas veces- un ejercicio alternativo de la convivencia con uno y otro progenitor, quienes se *turnarán* para compartir experiencias con el hijo común, pero por sí misma no es conveniente ni nociva, pues solo la práctica y el ánimo de los adultos la impregnarán de una característica o de otra: "el menor se desestabiliza, sólo en la medida en que lo desestabilicen los adultos (…)"[233], la custodia compartida es simplemente una modalidad de la institución de la custodia, reitero que, *per se* no es conveniente o perjudicial.

La custodia compartida ha sido ideada para ofrecer a los hijos menores la mejor opción en defecto de vivir con ambos progenitores, así parece que la custodia compartida se presenta como la ideal manera de relacionarse padres e hijos, después del divorcio porque

adoptan la imagen de su hijo como una extensión de su yo, perdiendo de vista el hecho de que son sujetos distintos de ellos mismos"; Síndrome SAID (*Sexual Allegations In Divorce*), consistente en "acusaciones falsas de delitos sexuales"; Síndrome de la madre maliciosa "(…)las madres maliciosas son aquellas que utilizan con éxito la ley para castigar y acosar al excónyuge, usando todo tipo de medios legales e ilegales, con objeto de interferir en el régimen de visitas al padre (…). AGUILAR CUENCA, J. "El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental", p. 72, *Revista de Derecho de Familia* (Valladolid), núm. 29, 2005, pp. 71-79.

[233] CORREDOR ESPITIA, J., Conflictos en el…, *Op. cit*. p. 101.

> … garantiza la posibilidad de disfrutar la presencia de ambos progenitores, y, en aquellos casos en que por alguna razón exista ruptura de la pareja, la separación resulta menos traumática para los hijos, de esa manera se le permite a los hijos fomentar una actitud abierta y de aceptación de la situación de pareja de sus padres, lo que evita la manipulación consciente o inconsciente por parte de los progenitores para con sus hijos, aspectos que garantizan el disfrute pleno y efectivo de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, así como a los progenitores la posibilidad de ejercer sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad parental, y la particular condición de participar en condiciones de igualdad en el desarrollo y crecimiento de sus hijos[234].

Por ello, hay quienes aseguran que la custodia compartida es "la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo"[235], pues para lograr la formación integral del hijo la asunción de la custodia debe ser de ambos progenitores[236]. Esta modalidad permite que se honren derechos tales como: el de los hijos a relacionarse con ambos padres; el de los padres a intervenir en las decisiones relacionadas con sus hijos, la igualdad de género en las relaciones familiares, porque esta manera implica que:

> …ambos progenitores están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos[237].

El Juez al adoptar una medida en este sentido debe considerar elementos tales como:

> …la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que

[234] VENEZUELA. Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira del 23 de marzo de 2009. Disponible en: <http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2009/marzo/1320-23-6319-.html>.
[235] ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de fecha 29 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6715184/Patria%20potestad%20compartida/20130523>.
[236] CORREDOR ESPITIA, J., "Conflictos en el…", *Op. cit.*
[237] ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de fecha 17 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7347809&links=patria%20potestad%20ejercicio%20conjunto&optimize=20150414&publicinterface=true>.

la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven[238],

La custodia compartida ratifica el principio de que las medidas que se adopten en torno a los hijos y en pro de su bienestar, deben atender su interés y no el de los adultos, en este caso el de los progenitores, quienes se verán conminados a realizar sacrificios en beneficio de sus hijos y a propósito de la custodia compartida. Lo que implica la *relativización* de los derechos de los adultos en pro del interés superior de los menores.

La custodia compartida si bien, se ha explicado, se muestra como la mejor opción luego del cese de la convivencia de los progenitores, la verdad es que la práctica no resulta fácil, menos aun cuando, como lo señala Martínez, se le quiere pedir a los progenitores que se esfuercen todo cuanto no lo hicieron en su matrimonio:

> En efecto, hay un amplio consenso en la idea de que para que la custodia compartida funcione, cada progenitor está obligado a adoptar una actitud positiva, comunicativa, dialogante y colaborativa en sus relaciones con el otro, y debe esforzarse en dejar de lado las diferencias y llegar a acuerdos constructivos en beneficio del menor; actitud que debe prolongarse durante los años que haga falta, hasta que el hijo deje de estar al lado de sus padres (…) En efecto, estamos pidiendo a los progenitores que pongan ese esfuerzo importante del que acabo de hablar para ser positivos, comunicativos, dialogantes y colaborativos, para ponerse de acuerdo en beneficio de sus hijos y para hacer todo ello de manera prolongada en el tiempo, todo ello una vez rota la convivencia; pero en ningún momento les hemos sugerido que pongan ese mismo esfuerzo para no romperla, o para solucionar los problemas antes de llegar a la ruptura; porque en muchos casos, si ese esfuerzo que les pedimos tras la ruptura en beneficio de sus hijos, lo hubieran puesto antes para salvar su relación, la ruptura no se habría producido, y todos (los hijos, pero también los mismos cónyuges) habrían salido ganando …[239].

No se puede ser cándido de cara a esta modalidad, pues requiere un alto grado de armonía en las relaciones entre los progenitores, porque si su relación es tensa, caracterizada por una lacónica comunicación y donde los egos aún se quieren imponer a costa del derecho de los menores, seguramente la custodia compartida no sea la fórmula adecuada, porque exige de sus titulares comunicación permanente y ánimo conciliatorio, entre otras demandas. Maestre confiesa:

> …no puedo imaginarme que, ante una ruptura contenciosa, traumática y en la que el respeto hacia el otro y por extensión hacia los hijos, brilla por su ausencia, pueda

[238] ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de fecha 29 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6715184/Patria%20potestad%20compartida/20130523>.
[239] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Tendencias recientes del…", *Op. cit.,* pp. 11-12.

> llegarse a un consenso, en primer lugar, sobre el establecimiento de una custodia conjunta y, menos aún, sobre el lugar de residencia del menor cuando entre ambos titulares exista una distancia geográfica a tener en cuenta[240].

El caso es que a los mismos individuos a quienes se les está exigiendo que sean ejemplo de las mejores relaciones humanas son los mismos que, eventualmente, no la demostraron durante la vigencia de una de las empresas más trascendentales en la vida: su matrimonio o unión estable de hecho. Pero la verdad es que ahora no se trata de ellos, sino de sus hijos, por eso, no siempre hay que dar sentada la inviabilidad de la medida, máxime que el Juez está obligado a *sopesar* todo cuanto se enumeró antes de adoptar este modo de custodia.

1.1.2.2 Derecho de visita

1.1.2.2.1 Definición

Las visitas se otorgan cuando la custodia no puede ser ejercida por ambos progenitores y tiene como propósito permitir el pleno ejercicio del derecho de los menores a tener una familia, formarse en su seno a no ser separados de ella, y de relacionarse con ambos progenitores, amén de cultivar "el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares"[241]. Así, si uno de los progenitores es el titular exclusivo de la custodia no es óbice para que el otro progenitor pueda compartir con su hijo, lo cual hace gracias a las visitas porque constituyen una relación jurídica familiar[242] que brinda la oportunidad al progenitor titular de mantener contacto con sus hijos, entrevistarse frecuentemente y cultivar el afecto con ellos a pesar del deterioro de las relaciones con el otro progenitor[243].

Para Rivero[244] es

> … ese derecho, o facultad, o posibilidad, protegida por el Derecho, de relacionarse entre sí ciertas personas unidas por lazos familiares o afectivos en situaciones

[240] MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución internacional de menores", P. 508, en LLAMAS POMBO, E. (Coordinador), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 499-542.
[241] GÓMEZ JIMÉNEZ, M. Los derechos fundamentales… *Op. cit.*, p. 258.
[242] VARSI ROSPIGLIOSI, E., "Derecho de relación. Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes", Revista Jurídica Científica SSIAS (Perú), núm. 3, 2010 (Snp). Disponible en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias4/contenido.html>.
[243] GUTIÉRREZ SARMIENTO, C., *Manual de procesos de familia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 165-166.
[244] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho de visita ensayo de construcción unitaria", en VILADRICH, P., (Director), *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Ediciones Universidad de Navarra, 1982, pp. 31-246.

> marginales de la familia (bien por crisis del matrimonio, o por tensiones o mal entendimiento entre los miembros de aquélla) cuando no pueden desarrollarse de forma normal tales relaciones por culpa de la crisis que impide la convivencia o de ese mal entendimiento y tensiones aludidos …

Para Corredor Espitia las visitas no son sino una forma o extensión de la custodia[245], por cuanto el progenitor titular de este derecho asume, durante el tiempo acordado, todas las funciones de un progenitor custodio: cuidar, compartir, decidir sobre su menor hijo; por tanto, no deben ser consideradas estrictamente solo visitas como se les denomina en España[246] y Colombia[247], sino como ya se les denomina en otros países: tiempo compartido en la tenencia o cuidado del hijo menor[248] o régimen de convivencia familiar en el caso venezolano[249]. Y es que, llámese como se llame no se debe limitar todo al estricto sentido de la palabra.

Es natural, en este contexto, que su contenido exceda la noción literal de la visita: "Ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo"[250]. Es que los vínculos no se verifican solo en la sala de una casa, pueden tener, como contexto, ambientes más cálidos, espontáneos; momentos más extensos que unas pocas horas bajo la mirada del progenitor custodio, en fin, de seguro la intención del legislador es *imprimirle* espontaneidad, tibieza y libertad a esos momentos que resultan vitales para el apego y para forjar la personalidad del hijo. La manifestación más literal del derecho de visita se reserva para casos excepcionales[251] que atienden, por ejemplo, a la corta edad del hijo o a una enfermedad que le impida su traslado a otro sitio de aquél en el que reside o está temporalmente para recibir algún tratamiento médico.

Por ello, el derecho de visita puede consistir en compartir tiempo de vacaciones escolares, decembrinas, algunos días feriados, ir a cine, ir a fiestas de la familia extensa por parte del progenitor titular del régimen. En fin, considero que consiste en abrir una *compuerta* que da a la *otra mitad* de sus orígenes y permite escribir su biografía y tener como referencia a las familias de sus dos progenitores o el influjo conveniente de quienes lo aman sin ser parientes, como los allegados.

---

[245] CORREDOR ESPITIA, J. *Conflictos en el…, Op. cit.*
[246] Cce. Artículo 94.
[247] Ccc. Artículo 256. *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1993
[248] CORREDOR ESPITIA, J. *Conflictos en el…, Op. cit*.
[249] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para…2007, *op. cit.* Artículo 385.
[250] Significado del término visitar según el Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.
[251] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El derecho de…, *Op. cit.*

El núcleo de este derecho es precisamente la naturaleza humana que impone como menester relacionarse con su origen, con su historia y es que la misma Convención sobre los derechos del niño en sus artículos 8 y 9 impone a los Estados parte la obligación de garantizarle al menor el derecho a la identidad lo que incluye el mantenimiento de las relaciones familiares.

En el caso de menores hijos de un matrimonio mixto que derivó en divorcio el contacto de los hijos con ambos progenitores y familias significa que "el niño vincula a las dos familias, paterna y materna, a los dos medios, eventualmente a las dos culturas, debiendo entenderse esta doble vinculación como enriquecedora y no como causa de daño"[252].

Y Rivero[253] insiste en el elemento nuclear de la institución:

> siempre se trata de unas relaciones humanas y de comunicación entre personas, con la finalidad, también común a todas, de enriquecerse espiritual y afectivamente las personas que se relacionan en el marco de esta institución, con una clara subordinación de los medios (relaciones y comunicación, de varia índole) al fin que los justifica.

Por eso, admite como elementos diferenciadores en cada caso al tiempo, frecuencia, lugar y modalidades[254] de los contactos y relaciones, pero no al propósito.

1.1.2.2.2 Fundamento legal

En España el Cce.[255], en Colombia el Ccc.[256] y en Venezuela la LOPNNA[257] reconocen al progenitor no custodio el derecho a visitar, comunicarse y mantener en su compañía a sus hijos. Es la autoridad judicial la encargada de determinar el tiempo, modo y lugar en que se pueda ejercer

[252] MOYA ESCUDERO, M. "Comentario Jurisprudencia Española y Comunitaria de Derecho Internacional Privado", p. 245, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1997, Boletín Oficial del Estado Madrid-1998.
[253] RIVERO HERNÁNDEZ, F. "El derecho de…, *Op. cit.* p. 34.
[254] *Ibídem*
[255] Cce. Artículo 94: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor."
[256] Ccc. Artículo 256: "Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes".
[257] VENEZUELA. Asamblea Nacional. Ley orgánica para…2007, *op. cit.*. Artículo 385: "Derecho de convivencia familiar. El padre o la madre que no ejerza la patria potestad, o que ejerciéndola no tenga la responsabilidad de Custodia del hijo o hija, tiene derecho a la convivencia familiar, y el niño, niña o adolescente tiene este mismo derecho."

este derecho, siempre en resguardo del interés superior del menor, porque si bien es cierto que a hijos y padres les asiste el derecho de relacionarse directamente también es cierto que tal derecho puede restringirse o suprimirse si así lo impone el interés superior del menor[258] lo que puede hacerse en cualquier momento por la naturaleza mutante de las relaciones familiares[259].

Lastimosamente, con mayor frecuencia de la deseada se observan casos en los que el derecho de visita se desnaturaliza y en vez de utilizarse como el espacio y tiempo armónico para cultivar sanamente relaciones afectivas y apegos a veces se utiliza el menor hasta el punto de convertirlo en

> (…) arma arrojadiza entre los contendientes, y como medio de hacerse daño y crearse recíprocamente problemas: dificultando cada uno las relaciones del menor con el otro, fomentando enemistad entre el niño y el contrario, hablándole mal de éste (…); o dando toda clase de caprichos al niño para ganárselo frente al guardador jurídico, y con ello crear problemas a éste en la educación del menor. Empleado para el mal, el derecho de visita es un medio óptimo, con lo que, desnaturalizado, se convierte en algo malo y peligroso en manos malas: y ello lo es particularmente

[258] "(…) si bien la introducción y aplicación de restricciones territoriales al derecho de visita en el marco de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, resultan inadecuadas y difícilmente articulables con el derecho a la libre circulación, su adopción en los supuestos extraconvencionales está justificada en el interés del menor (…)". Así, es frecuente que en casos denominados por la autora de "organización en un Estado occidental del derecho de visita trasnacional que debe ejercerse en un Estado de tradición islámica" se impongan restricciones espaciales al ejercicio del derecho que deben ser siempre justificadas y donde "el elemento principal para su adopción debe ser el `riesgo real de que el menor sea retenido ilícitamente en el Estado de tradición islámica" GARCÍA CANO, S., "Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 73/2006 (Sección 1ª), de 8 de febrero". Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2006, pp. 981-987. ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la…, *Op. cit.*

[259] En España así lo consagra el mismo artículo 94 al respecto la jurisprudencia ha establecido que "La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y solo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada". ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid Sala de lo Civil de fecha 4 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6877048&links=privaci%F3n%20de%20la%20patria%20potestad&optimize=20131111&publicinterface=true>. En Colombia así lo permite el artículo 259 del Ccc. "Revocación de las resoluciones. Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas; y podrán también modificarse o revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo.". En Venezuela en virtud de los artículos 389 "Al padre o la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la Obligación de Manutención, por haberse negado a cumplirla injustificadamente, pese a contar con recursos económicos, a consideración del juez o jueza y con base en el interés superior del beneficiario o beneficiaria, podrá limitársele el Régimen de Convivencia Familiar, por un lapso determinado. En todo caso, la suspensión de este derecho al padre o la madre que no ejerza la Custodia, deberá declararse judicialmente, determinándose claramente en la sentencia, el tiempo y las causas por las cuales se limita el Régimen de Convivencia Familiar", y 389-A: "Incumplimiento del Régimen de Convivencia Familiar. Al padre, la madre o a quien ejerza la Custodia, que de manera reiterada e injustificada incumpla el Régimen de Convivencia Familiar, obstaculizando el disfrute efectivo del derecho del niño, niña o adolescente a mantener relaciones y contacto directo con su padre o madre, podrá ser privado o privada de la Custodia".

> para el niño, delicado y receptivo, en cuyo desarrollo espiritual y afectivo puede hacer gran y negativa mella (…)[260].

Es así, que la institución debe velar prevalentemente por el interés superior del menor quien requiere, sin duda, relacionarse con ambos progenitores y demás familiares, pero es su bienestar el que se debe procurar; por tanto, de considerarse inconvenientes para el menor los encuentros con alguno de los progenitores, demás familiares y allegados, será el mismo interés superior del menor el que sirva de fundamento para suspender las visitas otorgadas[261].

Tanto en España como en Venezuela el legislador prevé que los abuelos (maternos[262], paternos[263]), otros parientes[264], y allegados[265] del menor puedan ser titulares del derecho de visita,

---

[260] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho de…, *Op. cit.*, pp. 36-37.

[261] *Ibidem*

[262] "b) Actuando de conformidad a lo consagrado en el artículo 387 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se establece el siguiente Régimen de Convivencia Familiar: El abuelo materno ciudadano VÍCTOR CARRILLO podrá compartir con el niño (se omiten los nombres de los niños, niñas y adolescentes por razones de confidencialidad), dos (02) sábados al mes, en un horario comprendido de diez de la mañana (10:00a.m) hasta las cuatro de la tarde (04:00 p.m.), pudiendo salir fuera de la residencia del niño, evitando el contacto del niño con la tía materna Evelin Carrillo hasta tanto la misma no sea evaluada psicológica y psiquiátricamente, para que sea intervenida por el intercambio de roles que ha generado dificultades en las relaciones familiares. En época navideña, el día veinticuatro (24) de diciembre el abuelo materno podrá visitar y retirar a su nieto, desde las diez de la mañana (10:00a.m.) hasta las dos de la tarde (02:00p.m.), el día treinta y uno (31) de diciembre el niño lo compartirá con sus progenitores y el día primero (01) de enero, el abuelo materno podrá ver, visitar y retirar a su nieto desde las dos de la tarde (02:00p.m.) hasta las seis de la tarde (06:00p.m.). El día 23 de diciembre de cada año y el día de cumpleaños del niño, el abuelo podrá compartir con el niño en su residencia o fuera de ella en un horario de una de la tarde (01:00p.m.) a tres de la tarde (3:00p.m.). Publíquese, regístrese y notifíquese a las partes". VENEZUELA. Sentencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes Circunscripción Judicial del Estado Zulia Sala de Juicio - Juez Unipersonal No. 4. Disponible en: <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2010/julio/524-7-16434-14.html>.

[263] "El padre y los Abuelos paternos podrán compartir con el niño Un fin de semana cada quince días (de viernes a domingo), la mitad de las vacaciones escolares, navidad con el padre y el año nuevo con la madre, semana santa con el padre y carnavales con la madre y el año siguiente en forma alterna; asimismo el día del padre y cumpleaños de estos con el padre y con los abuelos y el cumpleaños y el día de la madre con la madre. Pudiendo además el padre y los abuelos paternos visitar al niño en el hogar materno cualquier día de la semana, salir de paseos y compras siempre y cuando estas visitas, se realicen en un horario que no interrumpa las horas de descanso y estudios del niño. Igualmente, podrán mantener vía telefónica comunicación con el niño, al igual que la madre cuando el niño este compartiendo con el padre y sus abuelos". VENEZUELA. Sentencia del Tribunal de Juicio de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui – Barcelona. Disponible en: <http://anzoategui.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MARZO/2429-17-BP02-V-2010-000449-.HTML>.

[264] VENEZUELA. Sentencia del Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy. Disponible en: <http://yaracuy.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/ABRIL/2521-3-UP11-V-2012-000781-.HTML>. "Los tíos maternos podrán compartir con la adolescente (identidad omitida, de conformidad con el articulo (sic) 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), los fines de semana cada quince días, desde los viernes desde las 4:00 a.m. hasta los domingos a las 4:00 p.m. En cuanto a las fechas de carnaval y semana santa serán compartidos entre el padre y los tíos maternos de manera alternada. En cuanto a las fechas decembrinas serán compartidas con el padre y los tíos maternos, de manera semanal, siendo alternados en los años sucesivos. En cuanto a las vacaciones escolares serán compartidas entre el padre y los tíos maternos en partes iguales."

[265] LOPNNA. Artículo 388 "Extensión del Régimen de Convivencia Familiar a otras personas Los parientes por consanguinidad, por afinidad y responsables del niño, niña, o adolescente podrán solicitar la fijación de un Régimen

en virtud siempre del interés superior del menor y en resguardo de las resoluciones judiciales que hayan limitado o suspendido las relaciones de los hijos con los progenitores.

Curiosamente, en Colombia la norma no se refiere a otros legitimados para reclamarlas. Así, la práctica judicial ha tenido que valerse de la regulación de la obligación alimentaria para tratar de establecer que los únicos legitimados para exigir el establecimiento de un régimen de visitas no son solo los progenitores. La doctrina reconoce en otros parientes[266] -incluso personas sin vínculo parental pero sí afectivo con el menor[267]- la legitimación para reclamar les sea concedido un régimen de visitas.

Entre los artículos que regulan la obligación alimentaria y que han servido para construir el *andamiaje jurídico* del régimen de visitas en Colombia se encuentra el artículo 260 del Ccc. que consagra: "La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea conjuntamente ...".

Y es que en virtud de la teoría de la correlatividad del derecho se ha analizado: si se le puede imponer a los abuelos la obligación de suministrar a sus nietos los recursos para su manutención, cómo se les podría negar el derecho de visitarlos[268], aún en contra de uno o ambos progenitores, si esa visita implica el bienestar del menor. No, porque el cumplimiento de la obligación de alimentos deba tener una necesaria contraprestación, porque eso sería tanto como *comprar* el afecto, sino porque mal pudiera contemplarse una relación jurídica entre abuelos y nietos basada exclusivamente en pilares susceptibles de ser valorados en términos monetarios; es

---

de Convivencia Familiar. También podrán solicitarlo aquellos o aquellas terceros o terceras que hayan mantenido relaciones y contacto directo permanente con el niño, niña o adolescente. En ambos casos, el juez o jueza podrá acordarlo cuando el interés superior del niño, niña o adolescente así lo justifique."

[266] CORREDOR ESPITIA, J. *Conflictos en el…, Op. cit*.

[267] *Ibídem*

[268] "Antes de culminar cabe referir, en cuanto a la probabilidad de consumación de un perjuicio irremediable, que esta Sala de Revisión no lo columbra a partir de las visitas y la comunicación del niño con sus abuelos maternos, que, por el contrario, estima positivas, para que él conozca y disfrute de la otra parte de su origen familiar, en circunstancias cuya definición ciertamente corresponde a la jurisdicción de familia, de no obtenerse en forma conciliada, como debe ser.

Por ello, de manera muy considerada la Corte Constitucional llama la atención a Édgar Alfonso Varela Guzmán, padre de Andrés, para que acepte que el niño tiene derechos que prevalecen sobre los de él, que debe avenir y articular con Guillermo Alonso Ávila y Zoraida Suárez, sin egoísmo, caprichos ni rencores, precisamente para que entre todos puedan hacer realidad el mejor estar del descendiente, por cuyo interés superior deben velar y no arriesgar con la deplorable discordia que agudizan ante despachos judiciales." COLOMBIA. Sentencia T-914/09 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de 9 de diciembre de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-914-09.htm>.

decir, si los abuelos deben procurar alimento a sus nietos y hasta allí llegase esa relación, dónde quedan los afectos, los apegos, las experiencias familiares, "el cariño, apoyo y consejos brindados por los abuelos"[269], la historia familiar que ellos pudieran recordar, revivir y relatar[270] a sus descendientes en el marco de un régimen de visitas. Claro está, en defensa siempre del interés superior del menor, lo que significa que podrá se acordado el régimen de visitas solo en tanto beneficie al menor.

Otro artículo que ha permitido analógicamente establecer el *catálogo* de legitimados activos para exigir un régimen de visitas es el 411[271] del Ccc. que enumera los titulares del derecho de alimentos.

Incluso, se ha asegurado que no existe impedimento en el ordenamiento jurídico colombiano para que sea el hijo menor el que demande[272] el régimen de visitas a uno o ambos progenitores o a otro familiar, esta postura encuentra suficiente fundamento en la naturaleza de las visitas como derecho-función.

1.1.2.2.3 Titularidad y modalidades

El derecho de visita, en principio, se ha ideado para asistir al progenitor no custodio, con el propósito de honrar el derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos progenitores. Pero, las relaciones familiares trascienden la exclusiva relación que puedan entablar los hijos con los progenitores y es aquí precisamente donde se fundamenta el derecho de visita en cabeza de persona distinta del progenitor no custodio, esto es, en favor de abuelos (de las distintas ramas), tíos, hermanos, entre otros parientes.

Por eso y en virtud de la presurosa realidad que se protagoniza hoy día no se puede

---

[269] La familia es el espacio "Donde se produce el encuentro intergeneracional mediante el cual los adultos amplían su horizonte vital y forman un puente desde el pasado que se proyecta hacia el futuro". MONTES RODRÍGUEZ, M., "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en derecho español, diez años después de la ley 42/2003", p. 582. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, pp. 578-589.

[270] GARCÍA OLALLA, M., "La familia como…, *Op. cit.*

[271] "Se deben alimentos: 1º) Al cónyuge. 2o) A los descendientes. 3o) A los ascendientes. 4o) A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa. 5o) A los hijos naturales, su posteridad y a los nietos naturales. 6o) A los ascendientes naturales. 7o) A los hijos adoptivos. 8o) A los padres adoptantes. 9o) A los hermanos legítimos. 10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. La acción del donante se dirigirá contra el donatario. No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue."

[272] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el… Op.cit.*

desconocer que, aunque los padres convivan con los hijos, éstos han podido compartir incluso más tiempo con allegados que con sus progenitores debido a circunstancias tales como: crisis de pareja (matrimoniales o no), trabajos lejos del domicilio, extensas jornadas laborales. Al respecto, Varsi Rospigliosi asegura que los menores que viven así de seguro:

> …crearán una familia alterna (aquella con la que viven el día a día) y una familia pasajera (la conformada por los padres que de cuando en vez pueden estar con ellos). En estas situaciones no podemos impedir que el menor de desvincule de esa familia que lo albergó, es fundamental que pueda seguir manteniendo vínculos y comunicaciones, su desarrollo así se lo exige[273].

De ahí, que el derecho de visita puede ser conferido incluso en beneficio de personas que sin ser parientes -se les ha llamado allegados- han estado vinculados al menor, por ejemplo: excónyuge de algún progenitor o compañero permanente del padre o de la madre (cuando la relación de pareja ha cesado), cuidador, tutor, curador, profesor, entre otros. En estos casos, bastará comprobar la relación afectiva[274] y los beneficios que depararía al menor el contacto y la comunicación con el demandante para que sea establecido el régimen correspondiente.

Este derecho es muy peculiar en virtud de su naturaleza jurídica: derecho-función, porque no goza exclusivamente de las características de los derechos entendidos como facultades que permiten a su titular ejercerlos o no. Como se trata de un derecho en cabeza del progenitor no custodio, otro pariente o un allegado, pero en atención al bienestar del niño, niña o adolescente, no se puede decidir sobre su ejercicio de manera unilateral, esto es, no es renunciable, delegable, o disponible. Si eso se llegare a permitir se estaría desnaturalizando su teleología: mantener, fomentar y estrechar los lazos con el menor. Así, tiene un titular, pero dos beneficiarios porque Rivero refiere que

> …es de notable importancia tanto para el padre o madre como para el hijo; importancia que va más allá de la propia de un abstracto derecho o deber jurídico, precisamente por la importante carga humana que acompaña siempre a todas las relaciones familiares, que son vivencia personal más y antes que categoría jurídica. En particular, a) para el progenitor, por la propia relación de filiación y de afecto que les une y que subsiste aunque no convivan, y en la recíproca necesidad personal y vital del padre o la madre y del hijo; amén del deber de cuidar y velar por los hijos menores, que se funda en normas éticas y

[273] VARSI ROSPIGLIOSI, E. "Derecho de relación…, *Op. cit.* (Snp)
[274] *Ibidem*

> de naturaleza humana que trascienden la pura legalidad; y b) para el hijo, por las necesidades personales y afectivas de éste – que tiene, en principio, derecho a seguir compartiendo vida y vivencias con ambos progenitores (de cuya separación él no tiene la culpa) – y las específicas de esa etapa vital para el desarrollo, equilibrado y sin influencias unilaterales, de su personalidad, requerimiento este (sic) particularmente grave en situaciones personales y familiares marginales[275].

Es claro entonces, que, aunque la titularidad está en cabeza del progenitor no custodio, de otro pariente o allegado, también lo está en la esfera jurídica del menor[276], a quien beneficia el tiempo compartido, las experiencias protagonizadas, la inmediación de la comunicación con sus afectos y, por ello, se reconoce que es un derecho de doble titularidad o correlativo:

> De manera que debemos tener en cuenta que cada vez que un progenitor no guardador se vea afectado en su derecho a ver a sus hijos o que no lo ejerza adecuadamente por no tener entre sus prioridades de vida el mantener contactos permanentes con ellos, se esta (*sic*) cercenando un derecho de base constitucional de los hijos a frecuentar a sus padres, asunto que genera consecuencias negativas en su crecimiento personal[277].

Parra Quijano, (citado por Corredor Espitia[278]) asegura que el niño necesita de las visitas para poder contar con una imagen tanto del padre como de la madre, lo que le permitirá luego establecer adecuadamente su vida de relación evitándole así problemas tanto de niño como de adulto, pues "El niño tendrá dificultades que a veces no podrá solucionar o preguntas que permanecerán sin respuesta cuando no tienen la imagen del padre o de la madre"[279]. El interés primordial de que el menor mantenga relaciones con ambos progenitores es para evitar que se vea afectado

[275] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, dimensión constitucional", *Derecho Privado y Constitución* (España), núm. 20, 2006, pp. 331-380.

[276] "Hemos de señalar, en primer lugar, que la institución que nos ocupa [régimen de visitas] no puede entenderse sino como una función al servicio del hijo, dirigida a prestarle `la asistencia de todo orden´ a que se refiere el artículo 39.3 de la Constitución Española, de modo que todas las medidas judiciales relativas a ella han de adoptarse, considerando primordialmente, como indica la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 el `interés superior´ del hijo. Este principio inspira también otras normas garantizadoras de los derechos de los menores como la Ley 12/2002 de 2 de julio de la Infancia y Adolescencia en Aragón". "Sentencia TSJA", 19 Marzo 2009, núm. 6 (2009), *Cuadernos Lacruz Berdejo.* Disponible en: <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=501>.

[277] VENEZUELA. Sentencia de la Sala de Juicio. Juez Unipersonal Nro. 1 del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MARZO/2086-25-AP51-V-2009-001054-.HTML>.

[278] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el…, Op. cit.*

[279] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el…, Op. cit.*, p. 105.

emocionalmente[280].

Pero hay que advertir sobre las serias dificultades que representa un ejercicio trasnacional del derecho de visita cuando a propósito de ese divorcio alguno de los progenitores ha decidido residir en un Estado distinto a aquél donde reside habitualmente el menor hijo.

1.1.2.2.4 Forma de determinación

Una adecuada atribución del derecho de visita mantendrá a salvo el interés superior del menor y podrá conjurar la profundización del conflicto entre los progenitores, pero no siempre resulta fácil, por esta razón y de acuerdo con Viladrich[281].

> … en toda solución consensual o judicial sobre el derecho de visita subyace una imprescindible concepción del matrimonio y la familia, la cual no se presenta como un postulado teórico, sino escondida y, en rigor, encarnada en el carácter prudente y en la virtualidad pacificadora de la solución concreta (…) quizá como en pocos temas, en el "derecho de visita" es verdad aquella definición según la cual el Derecho es lo que aplican los jueces.

En España, el artículo 90 del Cce. que enumera el contenido mínimo del acuerdo regulador se refiere al régimen de visitas, lo que indica que son los progenitores quienes, en principio, de común acuerdo deben establecerlo (incluido el derecho en cabeza de los abuelos), y la autoridad judicial una vez revisadas las circunstancias podrá aprobarlo o no, además de modificarlo cuando las circunstancias hayan cambiado y así lo aconsejen.

El legislador venezolano permite a los progenitores, en virtud del artículo 387 de la LOPNNA, que sean ellos, quienes en principio y sobre la base de un acuerdo, propongan un régimen de convivencia familiar, informado siempre por el interés superior del menor y que luego de verificada su conveniencia sea homologado por el tribunal competente[282], pero prevé la norma que de no poder

[280] PÉREZNIETO, L. y SILVA, J. *Derecho internacional privado.* Oxford University Press, México, 2000, p. 186.
[281] VILADRICH, P., Presentación que hace del libro RIVERO HERNÁNDEZ, F. (Coordinador) *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales*. Teoría y praxis, Editorial Universidad de Navarra, 1982, pp. 24-25.
[282] "en mérito de las consideraciones antes expuestas y habiéndose constatado la manifestación libre y espontánea de la voluntad de las partes respecto al Convenimiento del Régimen de Convivencia Familiar y en virtud que se encuentran llenos lo extremos previstos en la Ley, este TRIBUNAL SEGUNDO (2DO.) DE PRIMERA INSTANCIA DE JUICIO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS Y NACIONAL DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, Administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 387 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes: HOMOLOGA el referido convenio en todas y en cada una de sus partes; téngase la

llegar a ese acuerdo, cualquiera de los progenitores[283] o el hijo, si ya es adolescente, puede solicitar de la autoridad judicial su establecimiento.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano no prevé una norma procesal expresa para establecer el régimen de visitas, todo lo cual obliga a que el juez debe *crear la norma* en cada caso bajo su consideración, asimismo carece el ordenamiento colombiano de una norma que prevea las consecuencias perjudiciales por el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente por lo cual se debe recurrir a las previsiones en caso de incumplimiento de régimen pactado por vía de incidente[284].

1.1.2.2.5 La internacionalización de las relaciones familiares y el ejercicio efectivo del derecho de visita

El ejercicio del derecho de visita puede estar rodeado de circunstancias y muchas veces obstáculos que empañan su efectividad. Obstáculos que pueden ir desde el malestar de un progenitor, porque no le fue otorgada la custodia sino el derecho de visita hasta la distancia -a veces insalvable- entre las residencias habituales del menor y del titular del derecho de visita, hasta los casos de firme interferencia que, a veces, el progenitor custodio impone a los contactos entre el menor y el titular del derecho de visita.

---

presente homologación con carácter de cosa juzgada y fuerza ejecutiva. ASÍ SE DECLARA." VENEZUELA. Sentencia del Tribunal Segundo de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ENERO/2460-21-AP51-V-2012-017022-PJ0542014000019.HTML >.

[283] "DECLARA (…) CON LUGAR la solicitud de fijación de régimen de convivencia familiar incoado por la ciudadana ARELYS BARRETO contra el ciudadano CARLOS LUIS LOPEZ GONZALEZ, en beneficio de los niños (identidad omitida en resguardo del interés superior del niño y del adolescente), y en consecuencia ACUERDA establecer un régimen de visitas supervisado y cerrado bajo los siguientes parámetros y condiciones: Se fija un régimen de visitas supervisado y cerrado, en el sentido que la madre podrá compartir con sus hijos, los días sábados de 9:00 a.m (*sic*) a 6:30 p.m (*sic*), en un lugar distinto a su residencia, bien sea, en un parque o en un lugar de recreación, debiéndose realizar la visita con la supervisión o presencia de otra persona adulta, distinta al padre, persona que será designada por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Municipio Valencia del Estado Carabobo. El presente Régimen de visita supervisado y cerrado se acuerda por un período de un (1) año, a objeto de observar los cambios actitudinales y conductuales de la madre de los niños (identidad omitida en resguardo del interés superior del niño y del adolescente), por lo cual la madre deberá comparecer por ante el equipo multidisciplinario quien deberá observar el desarrollo evolutivo de la relación materno filial, hasta que en base a (sic) nuevos informes, esta modalidad de visita pueda ser modificada." VENEZUELA. Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo. Disponible en: <http://carabobo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/JULIO/725-6-10608-.HTML>.

[284] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el… Op. cit.*

La internacionalización[285] tanto de las relaciones humanas como de la condición del menor[286] es una de esas variantes que le ha dado cariz distinto y, a veces, insuficientemente regulado al ejercicio transfronterizo del derecho de visita.

Para honrar el interés superior del menor, a propósito del derecho de visita, es necesario algo más que la declaración judicial atributiva del tal derecho; se requiere despejarlo de obstáculos e impedimentos que lo hagan ilusorio, porque un derecho de visita debidamente atribuido, pero rodeado de obstáculos para su ejercicio, equivale tanto a como si no se hubiese reconocido. Hay que recordar que el derecho de visita también está en la esfera jurídica del menor[287] lo que implica que si no se puede hacer efectivo se atenta contra su derecho a mantener relaciones familiares y contra su derecho a la identidad. Es por ello que, las autoridades judiciales deben procurar la viabilidad del ejercicio del derecho debiendo modificar el modo, lugar y frecuencia de las visitas cuantas veces sea necesario en atención a las circunstancias para garantizar su efectividad. Al respecto, Álvarez González[288] asegura que "un (*sic*) correcta y adecuada articulación de un derecho de visita efectivo es el mejor ungüento contra el desplazamiento ilícito".

La distancia entre la residencia habitual del menor hijo y la del titular del derecho de visita puede amenazar su ejercicio efectivo. Para esos eventos, el legislador venezolano ha previsto cualquier medio de comunicación[289] para hacer posible el *contacto* que si bien no resulta inmediato ni personal por lo menos conjura que la distancia haga mella en las relaciones familiares.

A veces, esos medios no resultan suficientes y a pesar de la distancia el titular del derecho quiere un contacto personal con el menor, y en virtud de la internacionalización de las relaciones familiares, puede ser que el titular del derecho tenga su residencia habitual en un Estado distinto a

---

[285] LASARTE, C., La Convención de…, *Op. cit.*

[286] PÉREZ BEVIÁ, J. y GARCÍA CANO, S. "Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño", en CALVO CARAVACA, A. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coordinadores), *Globalización y Derecho*. Editorial COLEX, 2003, Madrid, pp. 463-494.

[287] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derechos de visita y convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española", *Dereito*, núm. 2, 2005, pp. 255-273.

[288] *Ibidem*

[289] VENEZUELA. Sentencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia Sala de Juicio - Juez Unipersonal número 1. Disponible en: <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ABRIL/521-3-26076-982.HTML>. "Mientas (sic) dure el tiempo de residencia de la ciudadana VIRGINIA COROMOTO GONZALEZ SANDREA, esta permanecerá en continua comunicación con la niña por cualquier medio de comunicación telefónica, redes sociales, skype, cartas, correo electrónico, entre otras, y el ciudadano ANDREWS JOSE DUMITH MALDONADO, se compromete en este acto a facilitar en todo momento dicha comunicación entre madre e hija."

aquél en el que vive el menor, en estos casos se contempla el ejercicio trasnacional del derecho de visita.

En España a propósito del espacio Shengen es más alta la posibilidad de este ejercicio, porque cualquier individuo que haya "entrado regularmente en un Estado Shengen, podrá circular libremente por el resto de los Estados en las condiciones establecidas para una estancia corta, las cuales sí van a variar en función de la nacionalidad del sujeto…"[290], "lo que no impone la libre circulación, sino que suprime los controles fronterizos, cuyo mantenimiento hacía verdaderamente opaca la existencia de aquel derecho"[291].

En los casos colombiano y venezolano puede considerarse, seriamente, esa manera peculiar, pero necesaria, cada vez más, de ejercer el derecho de visita por la amplia línea fronteriza que comparten; amén de los numerosos matrimonios y parejas mixtos que se gestan en ambos países.

En estos casos de ejercicio trasnacional, el progenitor no custodio cuenta con el derecho no solo de estar en contacto personal con el menor hijo, sino que además lo puede llevar consigo al país donde resida o donde haya decidido pasar algún período vacacional. En estos casos y en referencia a un temor de sustracción internacional cobran especial importancia los esfuerzos de cooperación internacional que se han concretado en textos convencionales contentivos de mecanismos para lograr el retorno del menor en dado caso que hayan sido vulnerados los derechos allí regulados porque impiden que las sustracciones ilícitas -cuyo génesis es el egoísmo de los adultos- tengan éxito[292].

Incluso, la Comisión Especial para revisar el funcionamiento del CH80 y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, aprobó el documento: Contacto transfronterizo relativo a los niños: principios generales y guía de buenas prácticas que pretende "construir un sistema internacional de cooperación diseñado con vistas a asegurar el

[290] JIMÉNEZ BLANCO, P. "Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", p. 5, *Diario La Ley*, núm. 5771, 2003, pp. 1-13.
[291] DÍEZ MORENO, F. *La Libertad de circulación de personas físicas y trabajadoras. Manual de Derecho de La Unión Europea*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 462.

[292] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 38

respeto efectivo del derecho a mantener el contacto" [293].

La Guía está dirigida principalmente a los jueces y a las Autoridades Centrales (AACC) encargadas de la aplicación de los convenios referidos, y pretende, sin ánimo vinculante, exhortar a los Estados parte a mejorar las prácticas de cara a facilitar el derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, y en la medida de las posibilidades considerar el documento para futuras reformas legislativas.

1.1.2.3 Obligación de alimentos

1.1.2.3.1 Definición

El legislador está convencido de que la calidad de vida resulta vital para el desarrollo integral del menor lo que implica contar con unas condiciones mínimas básicas que coadyuven en la consecución de ese propósito, entre las que se cuentan: alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura que cuente con los servicios básicos y brinde un ambiente sano[294]. Estas condiciones mínimas comportan a su vez recursos económicos para ser garantizadas.

Es así como en España, Colombia y Venezuela se ha consagrado jurídicamente una obligación alimentaria en virtud de la filiación donde los deudores son los progenitores y los acreedores los hijos menores[295] con el propósito de garantizarle a éstos los recursos necesarios para su manutención en pro de su interés superior.

Es una obligación que se cimenta -en general- en la solidaridad que debe informar las

---

[293] HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW 2010. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/guidecontact_s.pdf>.

[294] CORREDOR ESPITIA, J. *Conflictos en el…, Op. cit.*

[295] Sin perjuicio de la extensión de la obligación alimentaria luego de alcanzar la mayoría de edad y una vez cumplidos los extremos exigidos para ello en cada ordenamiento jurídico porque "Si uno se fija bien, mientras la mayoría de edad jurídica ha venido disminuyendo con el curso de los años, las necesidades en materia de educación, por el contrario, han venido incrementándose de manera correlativa, hasta un nivel que hoy una persona que ya haya cumplido los dieciocho años y sea plenamente apto para realizar sus propios negocios, a duras penas se encuentra cursando los últimos grados de su educación media, lo cual poco o nada le sirve para defenderse por su propia cuenta, y a pesar de ser calificado legalmente como apto para desempeñarse en la vida jurídica, en la práctica es un necesitado más". MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho de familia*, Editorial Universidad del Rosario, 2014, p. 588. "Consideramos que se justifica aceptar la obligación de los padres respecto a la educación de los hijos más allá de la mayoría de edad, por cuanto no están en condiciones por sí solos de atender a dichos gastos, por tanto, subsiste la obligación a cargo de dichos padres". MONROY CABRA, M., *Derecho de familia…, Op. cit.* p. 171.

relaciones familiares[296] y en el deber de crianza que tienen los progenitores para con los hijos[297] -en particular- y su alcance debe concebirse desde el interés superior del menor y los recursos y esfuerzos que deben articularse para atender y satisfacer sus necesidades[298].

1.1.2.3.2 Fundamento legal

En España, Colombia y Venezuela la obligación alimentaria encuentra fundamento constitucional[299] y como relación jurídica vincula a los progenitores con sus hijos en nombre de la filiación[300] es independiente de la naturaleza jurídica de la relación entre los progenitores[301] de ese menor, y no está aliada al ejercicio de la patria potestad[302] aunque hace parte de los deberes que ella comporta[303].

En Venezuela a propósito de la reforma parcial de la LOPNA en 2007 cuando se le denominó LOPNNA se llamó a esta prestación obligación de manutención, para reforzar la idea de que su alcance no se agota en los alimentos en sentido literal.

---

[296] MARTÍNEZ, N., "Últimas tendencias en derecho de alimentos", en LLAMAS POMBO, E. (Coordinador), *Nuevos conflictos del Derecho de familia,* La Ley, Madrid, 2009, pp. 647-716.
[297] MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho… Op. cit.*
[298] MARTÍNEZ, N., "Últimas tendencias en…, *Op. cit.*
[299] En el numeral 3 del artículo 30 de la CE: " 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda." Artículo 44 de la Constitución Política enumera los derechos de los niños: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (…) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás." En la parte final del artículo 76 de CNRBV que establece: "(…) El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlas cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria"
[300] MARTÍNEZ, N., "Últimas tendencias en…, *Op. cit*. MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho…, Op. cit.*
[301] Pueden los progenitores estar casados entre sí, separados, divorciados o nunca haber convivido.
[302] En España según el Cce. artículo 110 que prescribe "El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos". En Venezuela el artículo 366 establece que: "La Obligación de Manutención es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida, que corresponde al padre y a la madre respecto a sus hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoridad. Esta obligación subsiste aun cuando exista privación o extinción de la Patria Potestad, o no se tenga la Responsabilidad de Crianza del hijo o hija, a cuyo efecto se fijará expresamente por el juez o jueza el monto que debe pagarse por tal concepto, en la oportunidad que se dicte la sentencia de privación o extinción de la Patria Potestad, o se dicte alguna de las medidas contempladas en el Artículo360 de esta Ley".
[303] Cce. artículo 154. "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (…)".

En cuanto al contenido hay que considerar que la enumeración que hace el legislador en los tres países sobre los aspectos que comprende la obligación[304] es enunciativa[305]. Pues. no basta con mantener con vida al menor, sino tomar en consideración que cada hijo tiene necesidades específicas e incluso especiales, además de variadas y algunas eventuales, todas de acuerdo con su edad, estado de salud, talentos, aficiones deportivas, el anhelo de aprender una profesión u oficio[306], entre otros factores que impiden considerar que la obligación alcanza solo los elementos descritos por el legislador, pues la intención es propender al desarrollo integral del menor.

Como relación jurídica la obligación alimentaria implica un crédito[307] privilegiado[308] a

[304] Cce. Artículo 142, explica que: "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo". En Colombia el artículo 17 del Cia. que consagra que: "Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.". Por su parte la LOPNNA preceptúa en su artículo 365 que: "La Obligación de Manutención comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente".

[305] "(…)Igualmente Se establece dos (2) bonificaciones especiales, por la cantidad cada una de dos (2) cuotas alimentarias, es decir el monto cada una de CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE BOLIVARES CON TREINTA Y DOS CENTIMOS MENSUALES (Bs. 5.677,32) las cuales se deberán aportar adicional a la obligación de manutención mensual fijada, la primera para cubrir los gastos de inscripción del colegio, uniforme y útiles escolares y la segunda para cubrir los gastos con ocasión a la navidad, la primera bonificación se pagará los primeros cinco (05) días del mes de septiembre y la segunda se pagará los primeros cinco (05) días del mes de diciembre (…)". VENEZUELA. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta de fecha de 1 julio de 2011. Disponible en: <http://nueva-esparta.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/JULIO/2321-1-OP02-V-2010-000223-PJ0382011000099.HTML>

"(…)Cuando la Madre se encuentre (sic) residenciada en el extranjero: El padre dará un aporte mensual de Un Mil Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (U$ 1000,oo), que a efectos únicamente referenciales previstos en la Ley del Banco Central de Venezuela, equivalen a la cantidad de Un Millón Novecientos Veinte Mil Bolívares (Bs. 1.920.000,oo) al cambio oficial vigente del día de hoy, calculado a la paridad cambiaria de Un Mil Novecientos Veinte Bolívares (Bs. 1920,oo) por unidad de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica y en el entendido que en dicho monto están incluidos todos los conceptos o partidas que integran el costo de sostener a la hija, tales como matriculación anual en el colegio, pago de las mensualidades, cuotas especiales, útiles escolares, uniformes, alimentación, vestido, calzados, gastos ordinarios por medicinas, no cubiertos por la póliza a la que se hará referencia, actividades deportivas y recreativas o culturales, fines de semana, vivienda con su correspondiente pago de condominio, fuerza eléctrica, agua, gas, teléfono, etc., y en fin cualquier otro gasto que se cause, ya que la anterior enumeración es puramente enunciativa y en ningún caso taxativa". VENEZUELA. Sentencia de Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui de fecha 27 de septiembre de 2004. Disponible en: <http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2004/septiembre/1092-27-BP02-Z-2004-001926-.html>.

[306] MONROY CABRA, M., *Derecho de familia…, Op. cit*.

[307] MARTÍNEZ, N. "Últimas tendencias en…, *Op. cit*.

[308] Así lo estipula en España. En Colombia el artículo 134 del Cia: "Los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás". En Venezuela el artículo artículo379 de la

favor del hijo menor, cuyo estado de necesidad se presume en virtud de esa minoridad[309] -porque se reputa incapaz para proveerse a sí mismo los recursos que garanticen su supervivencia y manutención- que lo legitima para exigir de su progenitor o progenitores, en principio, la provisión de los recursos que permitan la satisfacción de sus necesidades[310].

Para hacer énfasis en la necesidad de recursos, hay que advertir que el hijo menor puede incluso tener bienes en su esfera jurídica suficientes para proveer sus necesidades, pero aun así la obligación de los progenitores para con sus hijos persiste[311]. Porque, reitero, surge de la filiación y no de la necesidad o estado de penuria del menor, porque se trata de una obligación incondicional que no se rige por las normas de la obligación legal alimentaria entre parientes, sino que tiene su

---

LOPNNA contempla que: "Las cantidades que deba (sic) cancelarse por concepto de Obligación de Manutención a un niño, niña o adolescente son créditos privilegiados y gozarán de preferencia sobre los demás créditos privilegiados establecidos por otras leyes".

[309] CORREDOR ESPITIA, J., *Conflictos en el*…, *Op. cit.*

[310] Ahora bien, cuando es la madre en estado de gravidez quien pretende alimentos pero no para ella porque no es acreedora "Se los reclama del padre de la criatura [en virtud del numeral 1 de su artículo 111 del Cia contempla que: "1. La mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad] que ella lleva en su vientre, en una forma de pago de alimentos `por interpuesta persona´, ya que es notorio que lo que pretende la ley es proteger la vida y bienestar de la criatura, que con el nacimiento pasa a ser el (sic) directa acreedora de la prestación". MEDINA, E., Derecho civil. Derecho…, *Op. cit.* p. 586.

[311] Aunque en España generó polémica la sentencia del Tribunal Supremo Sala Civil del 24 de octubre de 2008 que consideró que "cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción". ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo civil. Ponente: Clemente Auger Liñan. Fecha 24 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3341777&links=federaci%F3n%20espa%F1ola%20de%20gimnasia%20%221007/2008%20%22&optimize=20081113&publicinterface=true>. En mi sentir esta sentencia, como otras en la misma línea, no es polémica sino desconocedora de la igualdad jurídica entre los hijos, porque el caso *sub iúdice* trata de una menor cuyos padres se encuentran separados pero vale la pena imaginarse que una menor vive en un armónico hogar con sus progenitores y dos hermanos más, pero a ella le han dado una beca de 800 euros al mes, las preguntas caben ¿podría alguno o ambos de los progenitores solicitar en sede judicial la suspensión temporal del cumplimiento del deber de alimentar a su hija mientras ésta perciba la referida beca? ¿cómo se manejaría la economía doméstica? ¿será que esta menor deberá pagar a sus padres el importe de su comida, vivienda, alimento, transporte y recreación? ¿cómo prorratearán sus progenitores los gastos de los hijos para determinar cuánto debe la menor becada darle a ellos para que la alimenten? Me parece que las preguntas hacen fruncir el ceño a cualquiera porque un trato así en el marco de una familia cuyos miembros viven bajo el mismo techo es inimaginable, pero al imponerle tal carga a la menor de la sentencia se la está discriminando porque se la trata distinto de aquellos menores que becados viven con ambos progenitores, además de que en cierta forma *criminaliza* los méritos que tiene y que la hicieron merecedora de la beca. Entonces, ¿cómo sentar jurisprudencia relevando al progenitor obligado del pago de la obligación alimentaria porque los méritos de su hija le merecieron una beca, el premio es para la hija o para el progenitor? No reconozco en la beca un motivo para relevar al progenitor no custodio de su obligación. Además, ¿el progenitor custodio, en este caso la madre, podrá también eludir el cumplimiento de la parte de la obligación alimentaria que le corresponde por estar a cargo del cuidado de la menor becada? ¿podrá dejar de cocinarle, de cuidarla? ¿o la hija podrá recibir ese cuidado diario sólo si le paga a la madre, pues tiene recursos suficientes para proveer a sus necesidades?

normatividad propia[312] que surge del solo hecho de la generación[313].

1.1.2.3.3 Legitimación para reclamarlos y determinación

La legitimación activa en España le corresponde al representante del menor, quien por su incapacidad no puede incoar la acción correspondiente, a propósito de un proceso matrimonial será el cónyuge con quien vivirán los menores el legitimado para reclamarlos y si éste no lo hace será deber del Juez establecerlos de oficio[314]. En Colombia, cualquiera de los representantes legales del niño, niña o adolescente o el defensor de familia pueden adelantar las acciones tendentes a establecer judicialmente lo relacionado con el establecimiento y pago efectivo de la cuota alimentaria[315]. En Venezuela, entre los legitimados activos[316] para solicitar la fijación de la obligación de manutención se cuentan: el hijo[317] (si tiene doce años o más), cualquiera de los progenitores, el representante del menor, el titular de la responsabilidad de crianza, sus ascendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado, el Ministerio Público y el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Es plausible que se le permita al adolescente incoar en su propio interés la acción para lograr la determinación y pago de la obligación de manutención, pues es un indicador del reconocimiento que la Ley hace del menor como sujeto activo de derechos, y le otorga los mecanismos para hacerlos efectivos.

Para establecer la cuantía de la prestación, en España, no hay pautas legalmente

---

[312] MARTÍNEZ, N., "Últimas tendencias en…, *Op. cit.*
[313] *Ibídem*
[314] *Ibídem*
[315] Cia. Artículo 135.
[316] LOPNNA. Artículo 376.
[317] "(…)En mérito de lo anteriormente analizado este Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, en NOMBRE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con los artículos 365, 366, 383, 369, 511, 521 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con los artículos 294, 295 del Código Civil DECLARA CON LUGAR LA SOLICITUD DE FIJACIÓN DE OBLIGACIÓN DE MANUTENCIÓN, incoada por el ciudadano adolescente: OMITIR NOMBRE, ya identificado, en contra de la ciudadana: CARMEN OMAIRA CONTRERAS UZCATEGUI, igualmente identificada. En consecuencia, se fija la Obligación de Manutención en la cantidad de TRESCIENTOS BOLIVARES mensuales que equivalen al 34,13 %, tomando en consideración el salario mínimo urbano actual decretado por el Ejecutivo Nacional el cual corresponde a la cantidad de ochocientos setenta y ocho bolívares con noventa céntimos (Bs. 878,90). Así mismo, se establecen dos bonos especiales, el bono escolar en la cantidad TRESCIENTOS BOLIVARES CON CERO CENTIMOS (Bs. 300,00) pagadero en el mes de septiembre y el bono especial de diciembre en la cantidad de SETECIENTOS BOLIVARES (Bs. 700, oo), para que la madre contribuya con los gastos escolares y navideños del adolescente OMITIR NOMBRE. Estas cantidades deben aumentarse anualmente en un veinte por ciento (20 %) sobre las cantidades fijadas y serán canceladas personalmente al adolescente de autos (…)". VENEZUELA. Sentencia del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida de fecha 21 de mayo de 2009. Disponible en:< http://merida.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/MAYO/1024-21-20923-1.HTML>.

consagradas; para ello, se ha insistido que el hijo menor del obligado, como alimentista, no puede regirse por las normas generales que orientan en el sentido de señalar tanto la capacidad económica del alimentante como las necesidades del alimentista. En consecuencia, deben articularse, de cara a la determinación del *quantum,* varios elementos y factores. Entonces, habrá de estarse al criterio del Juez quien cuenta desde 2003 con una baremación orientadora[318]. En Colombia, se presume que el obligado devenga al menos el salario mínimo legal[319], lo cual es sinónimo de falsas expectativas, porque se pueden presentar casos en los que realmente no tenga ingresos o teniéndolos no llegue a ese mínimo legal; pero el caso es que el legislador supone que el obligado si subsiste es porque cuenta con recursos para ello[320]. En Venezuela, el artículo 369 de la LOPNNA contempla que:

> Para la determinación de la Obligación de Manutención, el juez o jueza debe tomar en cuenta la necesidad e interés del niño, niña y adolescente que la requiera, la capacidad económica del obligado u obligada, el principio de unidad de filiación, la equidad de género en las relaciones familiares y el reconocimiento del trabajo de hogar como actividad económica[321] que genera valor agregado y produce riqueza y bienestar social[322].
>
> Cuando el obligado u obligada trabaje sin relación de dependencia, su capacidad económica se establecerá por cualquier medio idóneo.
>
> La cantidad a pagar por concepto de Obligación de Manutención se fijará en una suma de dinero de curso legal, para lo cual se tomará como referencia el salario mínimo mensual que haya establecido el Ejecutivo Nacional, para el momento en que se dicte la decisión. En la sentencia podrá preverse el aumento automático de

---

[318] Que está disponible en el sitio web del Poder Judicial español. Disponible en:<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias>.

[319] Cia Artículo 129.

[320] MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho… Op. cit.*

[321] "(…) considerando el Trabajo Domestico (*sic*) que realiza quien ejerza la custodia, en sus labores diarias de atención privilegiada al niño, como actividad económica que genera valor agregado y que produce riqueza; valor que puede ser cuantificable y equiparable al monto de la obligación de manutención solicitada en el libelo de la demanda (..)." VENEZUELA. Sentencia del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional de fecha 20 de febrero de 2013. Disponible en:<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2013/febrero/2461-20-AP51-V-2012-005885-PJ0552013000076.html>. "El progenitor custodio tiene el derecho de solicitar la ayuda del padre para cubrir las necesidades de sus hijos, considerando que es el padre tiene la custodia del niño, es quien le cocina, lo cuida en sus enfermedades, está pendiente de sus estudios, de sus horas de descaso, por ende no podemos los administradores de justicia pasar por alto tales factores y fijar el monto de manutención mediante una ecuación matemática cuando el propio Legislador establece tales elementos para dicha determinación. Así se declara." VENEZUELA. Sentencia del Juzgado Superior del Circuito Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara de fecha 29 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/NOVIEMBRE/2326-29-KP02-R-2010-000939-102-2010.HTML>.

[322] Los últimos tres factores fueron incorporados en la reforma parcial de la Ley en 2007. MAZUERA ARIAS, R. "La patria potestad…", *Op. cit.*

> dicha cantidad, el cual procede cuando exista prueba de que el obligado u obligada de manutención recibirá un incremento de sus ingresos.

En este punto, hay que tener sumo cuidado porque si lo que se pretende es establecer judicialmente una condena al pago de alimentos cuando el progenitor obligado realmente no tiene capacidad económica para ello equivale a obligarlo a lo imposible[323]. Por ello, en España, jurisprudencialmente, se ha establecido que debe esperarse a que el obligado tenga recursos para honrar el cumplimiento de la obligación[324]; de otra manera no se puede obrar. Pero, otras decisiones han determinado que en esos casos se debe proveer al menor de un *mínimo vital*[325], lo cual resulta peligroso, porque es tanto como promover un estado de penuria en el obligado a quien -sin tener recursos suficientes ni siquiera para satisfacer sus necesidades- ahora se le impone el pago de una suma mensual, imposición que desconoce y agrava su situación.

En España, desde 2013 el Consejo General del Poder Judicial elaboró con la ayuda del Instituto Nacional de Estadística unas Tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia. Ante la alta litigiosidad del tema, se consideró conveniente un instrumento orientativo -que no vinculante- para que tanto las partes interesadas como los jueces y abogados en el área tuvieran una noción cercana del estimado de las pretensiones; ello con el anhelo de que se pudieran evitar procesos contenciosos que tanto daño y deterioro causan a las relaciones familiares. Y, además, porque al saber, *a priori*, un estimado pudiera hacer desistir de iniciar un proceso judicial para obtener lo que por medio de un acuerdo se puede, igualmente, lograr.

En Colombia y Venezuela no existe tal orientación, así que es el Juez quien, en cada caso, debe establecer el *quantum* de la obligación con los inconvenientes -ya superados en España- que puede acarrear. Uno de ellos la posibilidad de que se acuerden montos sensiblemente distintos ante situaciones similares, lo que deshonra el aforismo que dicta: *ante los mismos hechos el mismo Derecho*. Otro, y el más desaconsejado es someter a una contención un asunto de familia, contención que en sede judicial se caracteriza, en ambos países, por el retardo procesal y el

[323] MEDINA, E. *Derecho civil. Derecho…, Op. cit.*
[324] ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sección 1. Ponente: José Antonio Seijas Quintana de fecha 2 de marzo de 2015. Disponible: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7315324/Alimentos/20150306>.
[325] Que oscila entre 100 y 200 euros.

avivamiento de la confrontación entre las partes.

1.1.2.3.4 Mecanismos procesales para reclamarlos

A propósito de una crisis matrimonial, no pudiendo ser viable la convivencia de todos los protagonistas del grupo familiar, el progenitor no custodio pudiera verse tentado a evadir el cumplimiento de esta obligación alimentaria por varias razones que escapan al interés investigativo actual. No obstante, el legislador ha previsto el alcance de la obligación y los mecanismos para hacer efectivo su cumplimiento[326], que tiene como propósito lograr la satisfacción de las necesidades que apunten al desarrollo integral del menor.

Así, en España, el procedimiento que se debe seguir está regulado por la LEC en su Libro IV Título I De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Mientras que, en Colombia se puede incoar la acción ante los Defensores de familia en virtud del Cia.[327]; ahora bien, de no lograr acuerdo, se podrá iniciar el proceso en sede judicial en virtud de lo dispuesto en la Ley 1564 de 12 de julio 2012 por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones[328]. En cambio, en Venezuela se debe seguir el procedimiento de jurisdicción voluntaria consagrado en los artículos 511 y siguientes de la LOPNNA.

---

[326] Inclusive sanciona el incumplimiento. Así, en España, en Colombia el artículo 55 del Cia. contempla que: "El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal vigente de multa. Esta sanción será impuesta por el Defensor de Familia". Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006_pr001.html#55. y el artículo 129 *ejusdem* ordena que "(…)Cuando se tenga información de que el obligado a suministrar alimentos ha incurrido en mora de pagar la cuota alimentaria por más de un mes, el juez que conozca o haya conocido del proceso de alimentos o el que adelante el ejecutivo dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad ordenando impedirle la salida del país hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación alimentaría y será reportado a las centrales de riesgo (…)". Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006_pr002.html#129.
Colombia, Congreso de la República. (2007, diciembre 31). modificada en ese artículo por la Ley 1181 de 2007. Diario Oficial número 46.858 de 31 de diciembre de 2007. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1181_2007.html> Contempla: "Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor (…)". CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

[327] MEDINA, E. *Derecho civil. Derecho…, Op. cit.*

[328] Colombia, Congreso de la República. (2012, julio 12). Ley 1564, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso. Diario Oficial número 48.489 de 12 de julio de 2012. Disponible en:<http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1181_2007.html>.

1.1.2.3.5 Modos de pago

Por la teleología de la obligación el pago de la prestación debe hacerse por adelantado[329], y la ley prevé en España, Colombia y Venezuela que, en caso de muerte del beneficiario, no se puede pedir la repetición de lo pagado por anticipado[330].

Una vez establecido el monto de la pensión alimentaria, puede que la situación económica del progenitor obligado y las necesidades del menor hijo no haya variado, pero eso no obsta para que fenómenos como la inflación incidan en el poder adquisitivo del dinero que se paga por tal concepto. Así, el numeral 7 del artículo 129 del Cia. contempla el reajuste anual (al 1° de enero de cada año) de la suma establecida en un porcentaje coincidente con el índice de precios al consumidor, lo que deja a salvo, otra manera de actualizar periódicamente la suma impuesta por el Juez o decidida de común acuerdo por las partes. En Venezuela, también se pueden ajustar las sumas que por concepto de obligación de manutención se pagan[331].

En cuanto al modo de pago, en Colombia, se puede constituir un capital, cuya renta satisfaga la obligación[332]. En Venezuela, sobre la posibilidad de sustituir o variar el modo y frecuencia del pago, existen posturas disímiles cuando se trata de constituir un fideicomiso, entregar un capital o constituir un usufructo. Así pareciera que son maneras de pago incompatibles con la naturaleza variable y temporal de la obligación, por cuanto las necesidades del hijo pueden variar, aumentar y disminuir; además, como están sometidas a revisión periódica, se prefiere el

---

[329] "(…) monto que deberá ser aportado de forma mensual y por adelantado (los primeros cinco (5) días de cada mes) de conformidad a lo consagrado en el artículo 374 de la LOPNNA (…)". VENEZUELA. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta de fecha de 1 julio de 2011. Disponible en: <http://nueva-esparta.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/JULIO/2321-1-OP02-V-2010-000223-PJ0382011000099.HTML>.

[330] LOPNNA. Artículo374: "El pago de la Obligación de Manutención debe realizarse por adelantado y no se puede pedir la restitución de aquella parte que, habiéndose pagado, no se haya consumido por haber fallecido el niño, niña o adolescente. El atraso injustificado en el pago de la obligación ocasionará intereses calculados a la rata del doce por ciento anual"

[331] "(…) Del análisis de las actas contenidas en la presente litis, puede concluirse que ha quedado demostrado:(…) B). La pública y notoria situación de incremento en los índices de inflación; devaluación de la moneda y su impacto en el encarecimiento de los bienes y servicios esenciales para un nivel y calidad de vida acorde con el principio de personas en desarrollo que son los sujetos de derecho las beneficiarias de la Obligación de manutención, es por lo que de conformidad con los artículos 1, 3, 26, 51, 76 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 1 y 3 de la Ley Aprobatoria de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, declara parcialmente con lugar el aumento de la obligación de manutención y Así se decide.". VENEZUELA. Sentencia del Juzgado del Municipio Garcia (sic) de Hevia de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira de fecha 25 de abril de 2014. Disponible en: <http://tachira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ABRIL/1354-25-2940-.HTML>.

[332] MONROY CABRA, M., *Derecho de familia…, Op. cit.*

pago mensual, pero aun así la ley permite que se constituya un fideicomiso en favor del menor o que se le autorice a que cobre los intereses de un determinado capital para satisfacer así plenamente la prestación[333].

En España, el artículo 149[334] del CCe. contempla la posibilidad de que el alimentista reciba en su hogar al menor de edad y así satisfaga la obligación. Sin embargo, no se podrá verificar esta opción si tal convivencia atenta contra el interés del menor, o contraría, por ejemplo, la atribución -legal o judicial- de custodia exclusiva al otro progenitor no alimentante. En Venezuela, el artículo 370[335] de la LOPNNA dispone algo muy similar: que no se puede forzar al hijo a vivir con el progenitor a quien le corresponde cumplir con la obligación de manutención para facilitarle a éste el pago si la responsabilidad de crianza corresponde a otra persona. Me parece que debería defenderse al menor, su opinión e interés superior, en todo caso, no solo en el descrito legalmente, pues hubiese sido preferible impedir esa convivencia en todos los casos donde pudiera afectarse el interés superior del menor. En Colombia, no está prevista una disposición al respecto, pero tampoco está prohibida tal posibilidad; por tanto, el Juez o el Defensor de Familia[336] podrían -si el interés del menor no se ve afectado y si la convivencia es viable- ordenar en su decisión que el o los progenitores reciban en su hogar el menor alimentante[337].

España, ante el -lastimosamente- frecuente incumplimiento de las pensiones alimenticias en favor de los menores hijos, creó y organizó por medio del Real Decreto 1618/2007, de 7 de

---

[333] LOPNNA. Artículo 382.

[334] ESPAÑA. Ley 13/2005, de 1° de julio, por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: < http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>. "Artículo 149. El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad".

[335] "No puede obligarse al niño, niña o adolescente que requiere la Obligación de Manutención a convivir con quien tiene a su cargo el cumplimiento de dicha obligación, si la Responsabilidad de Crianza corresponde a otra persona, de acuerdo a (*sic*) la ley o por decisión judicial."

[336] El Defensor de Familia, en virtud del artículo 80 del Cia es un abogado en ejercicio sin antecedentes penales o disciplinarios que hace parte y está a cargo de la Defensoría de familia una "Dependencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista. Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial." (artículo 70 del Cia). Y entre las funciones del Defensor de familia se encuentra promover y aprobar la conciliación en relación con la cuota alimentaria (numerales 8 y 9 del artículo 82 del Cia) y de no lograrse la conciliación deberá fijar la cuota provisional de alimentos numeral 13 del mismo artículo) lo que incluye el modo y lugar del pago.

[337] MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho…, Op. cit*.

diciembre el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos que ha significado un esfuerzo importante para conjurar los efectos funestos que el impago tiene en la vida de los menores acreedores[338]. La exposición de motivos del Real Decreto referido explica que ese incumplimiento en un gran número de casos es deliberado por parte del obligado, pero, en otros, atiende a una real incapacidad económica del deudor[339]; por ello, bien sea una u otra la razón del incumplimiento el Fondo viene a remediar la precariedad generada por el impago[340].

La teleología de la obligación aquí incumplida es la de garantizar los recursos necesarios para la sobrevivencia y desarrollo integral del menor, y si tales recursos a pesar de haber sido impuestos -por convenio judicialmente aprobado o por resolución judicial- no se pagan, está en peligro nada más y nada menos que la vida misma del menor con todos los derechos aparejados a él. Tal situación convierte al problema, que inicialmente vinculaba a particulares, en un verdadero asunto de Estado, y es lo que justifica la creación de este -en mi sentir- formidable Fondo[341]. En Colombia y en Venezuela los acreedores de esta obligación alimentaria aún están a merced del deudor, su capacidad de pago o voluntariedad porque fondos como el reseñado no están previstos en sus sistemas jurídicos, ni en los presupuestarios.

1.1.2.3.6 Extinción

En España, la extinción de la obligación respecto de los hijos menores no está expresamente contemplada en la ley, pero, jurisprudencialmente, se ha establecido que son propias y distintas del régimen de la obligación legal alimentaria entre parientes. Así, se puede establecer que se

[338] MARTÍNEZ, N., "Últimas tendencias en…, *Op. cit.*

[339] Tal es el caso que relata MEDINA "Un padre, poco constante, tiene cinco hijos (dos con una señora, dos con otra y uno con la actual) y gana apenas un salario mínimo. Salta la pregunta: ¿cuánto debe destinar a cada uno? En la distribución no hay solución posible. Si paga todos los alimentos a unos y deja a otros sin alimentos, ataca el interés de los que no fueron seleccionados. Pero si se apega a la justicia distributiva plena, no satisface a nadie. ¿Quién decide y cómo se sabe si acierta? No nos engañemos, en un caso como el planteado nadie podría acertar (…)" MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho…, Op. cit.* p. 590.

[340] ESPAÑA. Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-21500>.

[341] Por lo menos en su teleología, se dejan a salvo las críticas que ha tenido que soportar en punto de la cuantía exigua de las pensiones que como límite monetario impone la Ley: sea cual sea el monto de la pensión acordada convencional o judicialmente contra el fondo sólo podrá cobrarse mensualmente un monto que no puede superar los 100 euros para cada beneficiario (artículo 8), lo que dista mucho de las sumas en realidad acordadas en sede judicial y de las consagradas en las Tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial. Así, en no pocos casos el Fondo y su promesa teleológica pueden generar falsas expectativas de superación de la precariedad generada por el incumplimiento de la obligación de alimentos.

extingue la obligación por muerte del beneficiario, o porque se case -lo que genera la emancipación-, o porque haya alcanzado la mayoría de edad. Se deja a salvo lo explicado sobre su extensión más allá de los 18 años, porque se impugne la paternidad o maternidad en caso de adopción. La extinción de la obligación en Colombia ocurre cuando procede una acción de impugnación de la paternidad, de la maternidad, se verifica la adopción del menor[342] o éste se casa[343].

En Venezuela, como resulta natural la obligación de manutención se extingue[344] por la muerte del beneficiario o porque haya alcanzado el beneficiario la mayoría de edad[345]. También, la impugnación de la paternidad declarada con lugar desconoce la filiación previamente establecida. Esa causal, no está expresamente contemplada en el ordenamiento jurídico venezolano –como sí lo está en Colombia- pero es natural que de presentarse genere la extinción de la obligación de manutención, porque la filiación es una condición *sine qua non* de la obligación referida. Lo propio sucedería con el decreto de una adopción que tiene la fuerza de extinguir el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen[346].

Para Mazuera Arias[347] resulta inequitativo que para el progenitor que no ejerza la responsabilidad de crianza cese la obligación de manutención, en principio, a los 18 años; mientras que aquél con quien vive el hijo, de seguro, seguirá proveyendo para satisfacer sus necesidades, una vez superado el rango etario de la minoridad, estudie o no el menor, esté capacitado o no para trabajar.

Ahora bien, y para dejar establecidos algunos de los efectos de la ruptura familiar en los hijos, bien vale reconocer que, en principio "La unidad familiar actúa como soporte y protección para los

[342] MEDINA, E., *Derecho civil. Derecho…, Op. cit*.
[343] MONROY CABRA, M., *Derecho de familia…, Op. cit*. Pero aquí creo que hay que aclarar que la extinción viene marcada por la emancipación que implica el matrimonio y en caso de que el hijo menor ahora casado requiera alimentos el orden de prelación de los obligados lo liderará su cónyuge, salvo que no cuente con recursos para ello y tengan ambos entonces que recurrir a cada uno de sus parientes consanguíneos.
[344] LOPNNA. Artículo 383.
[345] Pero excepcionalmente el legislador prevé que luego de cumplidos los 18 años de edad los progenitores sigan honrando la obligación de manutención, siempre que el hijo estudie –en este caso será hasta los 25 años- o sufra de una discapacidad.
[346] LOPNNA. Artículo 427.
[347] MAZUERA ARIAS, R., "La patria potestad…, *Op. cit*.

niños, la ruptura desencadena un periodo de desorganización y cambios en la vida del niño"[348]. De ahí, que haya que revisar un poco la vida del hijo postcrisis de pareja (matrimonial o no) o su historia familiar deconstruida. La separación, el divorcio o el cese de la convivencia entre los progenitores, es sin duda, un hito generador de angustia, desasosiego, malestar e incertidumbre, con prescindencia de la tensión que reinase en el hogar antes de ese momento, y a pesar de que la separación, divorcio o cese de la convivencia haya sido la mejor solución para dar fin a una situación insostenible entre los progenitores.

Los altos niveles de ansiedad en los menores hijos son habituales como consecuencia del divorcio o del cese de la convivencia entre sus progenitores y entre las causas de la ansiedad se cuentan: "sentimientos de responsabilidad por la ruptura, el conflicto de lealtad debida a cada uno de los progenitores, la preocupación ante el rechazo de los padres, el miedo al abandono y el miedo a la posibilidad de no ser querido"[349]. Resulta que a propósito de las crisis y luego del cese de la convivencia son numerosos los casos de menores que se ven en medio de un fuego cruzado por novedosas maneras de violencia, incluida la violencia de género: violencia económica, acoso de custodia y violencia vicaria[350]; menores que, lejos de disfrutar de una etapa feliz y *blindada* frente a la violencia, la sufren en carne propia porque viven en el ojo del huracán en el que convergen: el poder, la arbitrariedad y el conflicto. Y la exposición de los menores a un conflicto entre sus padres los somete a un profundo daño[351].

Y es que el conflicto, muchas veces pervive a una decisión judicial atributiva de custodia u organizadora del derecho de visita. Por ello, cuando hay violencia basada en género, no importa la sentencia, no importa la decisión judicial, esa violencia basada en género permea la nueva dinámica familiar ahora en forma de violencia económica, por ejemplo, demorando el pago de lo correspondiente, o negando permisos a propósito del ejercicio conjunto de la patria potestad, todo,

[348] PONS-SALVADOR, G. y DEL BARRIO, V. (1995). "El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos", en *Psicothema*, volumen 7, núm. 3, pp. 489-497, p. 489. Disponible en: https://cc.bingj.com/cache.aspx?q=%E2%80%9CLa+unidad+familiar+act%C3%BAa+de+soporte+y+protecci%C3%B3n+para+los+ni%C3%B1os%2c+la+ruptura+de+esta+estructura+desencadena+un+per%C3%ADodo+de+desorganizaci%C3%B3n+y+cambios+en+la+vida+del+ni%C3%B1o%E2%80%9D&d=4962272392780060&mkt=es-ES&setlang=es-ES&w=sVaW9-OeWm7QlP2YwSl50TT_rpbEcWXn
[349] PONS-SALVADOR, G. y DEL BARRIO, V. (1995). "El efecto del…, *Op. cit.,* p. 489.
[350] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*
[351] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*

con el firme propósito de mantener parte del poder perdido con la extinción de la convivencia[352].

El acoso de custodia consiste en el reproche y reprobación de todas las decisiones diarias adoptadas por las madres, que quedaron a cargo del cuidado diario de los hijos menores. Todo ello, simboliza manifestaciones de violencia psicológica para mellar la seguridad de la madre, por ello, se habla de maternidades amenazadas (ya de custodias a cargo exclusivo de la madre o custodias compartidas), pues acosándolas de esta manera, se sigue ejerciendo poder en forma de violencia sobre ellas, y así se las criminaliza por haber propiciado la separación, el divorcio o la extinción de la convivencia[353].

[352] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*
[353] JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en…, *Op. cit.*

Capítulo segundo

2.1 La sustracción internacional de menores

La sinergia que ha entrañado la globalización tiene sus luces, pero, también sus sombras. Una de esas sombras es, sin lugar a duda, la sustracción internacional de menores: una realidad que crece con el paso de los días y que representa unas vías de hecho para pretender forzar unas realidades jurídicas previamente existentes y establecidas. Es tal el aumento de las sustracciones internacionales de menores y tan variadas sus aristas: tipos, motivaciones y consecuencias que, los Estados y las regiones han tenido que suscribir sendos acuerdos internacionales para poder regular el procedimiento que se debe seguir en aras de la devolución o retorno de los menores sustraídos indebidamente, desarraigados de su Estado de residencia habitual. En virtud de lo expuesto, es que se precisa adentrarse en las implicaciones de esa sustracción internacional de menores para poder dejar en evidencia su alcance, extensión y resonancia en el interés superior del menor y la realidad jurídica-familiar que lo circunda.

2.1.1 Prolegómeno

Tras un divorcio -como ya se ha explicado- las obligaciones y derechos derivados de la relación paterno filial se reorganizan; de modo que, en la práctica es común que la custodia se la otorguen a un progenitor y el otro, resulte ser el titular del derecho de visita o régimen de convivencia familiar.

Existe, además, la situación siguiente: si los cónyuges son de nacionalidades distintas también resulta frecuente la tendencia a que cada uno quiera regresar a su país de origen[354]; ello dificulta, sensiblemente, el ejercicio pleno y fluido de las relaciones paternofiliales[355], porque la realidad -como la distancia entre el Estado de residencia habitual del menor y el de aquél progenitor que tiene el derecho de visita a su cargo- puede hacer difícil y/o costoso el contacto del menor con el progenitor no custodio[356]; un derecho de visita así consagrado resulta muchas veces ilusorio.

---

[354] GARCÍA VICENTE, F. "Prólogo…, *Op. cit.*

[355] DIAGO DIAGO, M., "El Derecho de…, *Op. cit.*

[356] Tal es el caso descrito por el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 172/2006 (Sección 4), de 23 de noviembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez donde se asegura que la progenitora "ha actuado de forma que obstaculiza gravemente lo dispuesto en la sentencia de divorcio, ya que la distancia que ha creado entre padre e hijo no hace factible que el régimen de visitas fijado para ellos se lleve a efecto (…)". GARCÍA CANO, S.,

2.1.2 Definición

Ahora bien, si lo que se pretende es darle contenido conceptual a la sustracción internacional de menores, hay que reconocer que en casos como el descrito en el apartado anterior, parece que *la mesa está servida* para que el progenitor no custodio, en ejercicio del derecho de visita atribuido judicialmente, abuse de esa facultad y retenga al menor consigo para luego trasladarlo a su país de origen o a otro; ocurre que si ya lo tenía con él en su país, no lo retorne, con el propósito de: impedir que comparta con el otro; además, busca legitimar, ante los estrados judiciales, su acción intentando lograr la atribución de la custodia[357] o por otras razones de diversa naturaleza que pueden ir desde tomar revancha[358] respecto del otro progenitor, hasta demostrarle su amor a su menor hijo[359], en otras ocasiones el *leitmotiv* incluye la pretensión de eludir el pago de sumas por concepto de manutención, y ciertamente que en muy pocas ocasiones la razón de la sustracción o de la retención es el bienestar del menor[360]. Lastimosamente: "*Parents have fought over children and udes self-help to enforce their claims since time inmemorial*"[361].

Los actos anteriores, configuran lo que en la doctrina se denomina: sustracción internacional de menores. Ésta ha recibido otras denominaciones, unas más adecuadas que otras: desplazamiento o retención ilícita[362], "traslado ilícito de menores, sustracción interparental de menores[363], sustracción ilícita de menores[364], traslado ilícito interparental de menores"[365],

---

"Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, núm. 172/2006 (Sección 4), de 23 de noviembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez", p. 300, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2007, pp. 299-304.

[357] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia hacia nuevas fórmulas de protección internacional del menor", en ABARCA JUNCO, A. (Directora), *Derecho Internacional Privado,* Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2007, pp. 215-248. "*Des motifs très variés peuvent inciter un parent qui se voit refuser la garde sur l´enfant, ou qui n´en dispose que conjointement avec l´autre parent, de partir avec l´enfants dans un pays oú il croit pouvoir se mettre à l´abri de toute decisión prise par les autorités du pays de la résidence antérieure de l´enfant et obtenir, en cas de besoin, une décision favorable lui, assurant de conserver l´enfant auprès de lui dans l´ Etat de `refuge´*". Son variados los motivos que pueden incitar a un pariente a sustraer a un menor, entre esos la intención evadir una decisión proferida por las autoridades del Estado de residencia habitual del menor y obtener una decisión en el Estado de refugio que le autorice a mantener al menor con él. BUCHER, A., *L´enfant en droit intertational privé*, Helbig & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 141.

[358] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit*.

[359] NGABONZIZA, D. "Los derechos de…, *Op. cit.*

[360] PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*

[361]Los padres han peleado por sus hijos y usado como autoayuda para imponer sus reclamos desde tiempos inmemoriales. DYER, A., "International child abduction by parent", p. 240, *Recueil* de La Haya, Volume 168, pp. 231- 267.

[362] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[363] BLANCO RODRÍGUEZ, J. y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de…, *Op. cit*.

[364] PÉREZNIETO, L. y SILVA, J. *Derecho internacional privado*. *Op. cit.*

[365] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit*., p.12.

secuestro de menores[366], secuestro internacional[367], secuestro parental[368], secuestro interparental[369], secuestro interparental de menores[370], secuestro legal de menores[371], secuestro civil de menores[372], retenciones ilícitas internacionales de menores[373], secuestro internacional de menores[374], abducción parental[375], abducción familiar[376], *legal kidnappping*[377], *international child abduction*[378], *enlévement d´enfants*[379].

Pero, todos se han decantado y se reconoce mayoritariamente[380] que el término que

[366] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de..., *Op. cit.*
[367] MIRALLES SANGRO, P. "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*
[368] DE PEÑAFORT LORENTE, R. "El traslado ilícito de hijos menores (II)", en Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., Serrano Castro, F. y otros, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, España, 2002, pp. 133-145. COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit.*
[369] CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales de la sustracción interparental de menores" en *Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país. Zaragoza 2004, pp. 45-64.
[370] ALONSO CARBAJAL, A. y CHAMORRO ALONSO, N., "El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos", en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 7, 2001, pp. 24-33.
[371] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Protección de menores…, *Op. cit.*
[372] ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de los menores en el derecho internacional privado español" en ZARRALUQUI, L., DELGADO, L. y otros, *Problemas candentes en los procesos de familia*, Dykinson, 1995, pp. 45-91.
[373] ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P. "El tratamiento de…, *Op. cit.*
[374] MIRALLES SANGRO, P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales. Centro de Publicaciones, Madrid, 1989. DIAGO DIAGO, M., "Secuestro internacional de…, *Op. cit*. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., "La mediación ante el secuestro internacional de menores", *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (España), núm. 1, 2011. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes", en *Cuadernos de derecho trasnacional*, núm. 2, 2014, pp. 130-146.
[375]DE PEÑAFORT LORENTE, R. "El traslado ilícito…, *Op. cit.*
[376] *Ibídem*
[377] BORRÁS, A. "El `interés del menor´ como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado", Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya, en *Revista Jurídica de Catalunya* (Barcelona), núm. 4, 1994, pp. 47-99. ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., *Op. cit*. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos menores por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia", en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, Dykinson, 1999, pp. 31-57. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, número 2, 2003, pp. 165-194. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho privado y Constitución* (España), núm. 16, 2002, pp. 41-64. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[378] ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…, *Op. cit.*
[379] BORRÁS, A. "El ´interés del…, *Op. cit.* TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit*. PÉREZ, M., "Sustracción internacional de menores", en *Revista Servicios Sociales y Política Social*, núm. 50, 2000, pp. 125-130. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores… *Op. cit.*
[380] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho Internacional Privado suscitados por la nueva Ley del Menor", en Fernández Rosas, J. (Director), *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces españoles*, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1998, pp. 59-198. PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", en *Derecho privado y Constitución* (España), núm. 16, 2002, pp. 41-64. HERRÁNZ BALLESTEROS, M.,

contempla todos los elementos de este agravio al menor a propósito de la internacionalización de las relaciones familiares es el de sustracción internacional de menores.

La sustracción internacional de menores puede consistir en un traslado ilícito, en una retención ilícita, o en una actividad compleja que involucre ambas situaciones; me explico:

a) Traslado ilícito: ocurre cuando el progenitor, otro familiar o un tercero en ejercicio del derecho de visita desarraiga, aparta al menor del país donde, con fundamento en una providencia judicial, en una atribución legal o en un acuerdo se ejerce el derecho de custodia, donde tiene su residencia habitual[381] y lo lleve a otro país[382].
b) Retención ilícita[383]: ocurre cuando el progenitor, otro familiar o un tercero en ejercicio del derecho de visita en el extranjero no *devuelve* al menor al cabo del término pautado transgrediendo así una sentencia judicial, la atribución legal o el acuerdo donde se adjudica el derecho de custodia[384] al otro progenitor u otro familiar. También es retención ilícita la que hace el progenitor custodio de su menor hijo con la deliberada intención de impedir el pleno ejercicio del derecho de visita por parte del otro progenitor[385].
c) Inicial retención lícita para un posterior traslado: puede el menor ser retenido inicialmente lícita en el Estado de su residencia habitual para luego ser trasladado ilícitamente al territorio de otro.
d) Inicial retención ilícita para un posterior traslado también ilícito: consiste en que el menor

"La sustracción internacional de menores a propósito de la STC 120/2002 de 20 de mayo de 2002", en *Revista de Derecho Privado,* núm. 86, mes 10, 2002, pp. 754-770. SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.* CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales de…, *Op. cit.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.* PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.* GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 17. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.9. MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución internacional de menores", en LLAMAS POMBO, E. (Coordinador), *Nuevos conflictos del Derecho de familia,* La Ley, Madrid, 2009, pp. 499-542.

[381] HERRÁNZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional…, *Op. cit*. SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*

[382] ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…, *Op. cit.* CHAMORRO ALONSO, N., "Aspectos sociales de..., *Op. cit.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.*

[383] HERRÁNZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

[384] ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…, *Op. cit.*

[385] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores", en ZARRALUQUI, L., y otros, *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 21-44.

es desarraigado ilícitamente de su medio para luego ser trasladado ilícitamente a otro Estado.

Cualquiera sea el *modus operandi*, Pérez Vera[386], Miralles Sangro[387] y Montón García[388] aseguran que esta sustracción comporta la utilización de vías de hecho para generar vínculos artificiales de competencia.

Es innegable que la sustracción, en muchos casos, se verifica porque: "*Le parent tenté par l´enlévement de son enfant au-delà les frontières escompte des perspectives de succès en raison de la divergence, voire de l´incompatibilité des systèmes juridiques et sociaux des Etats*"[389].

Son variadas las modalidades que puede adoptar la sustracción internacional de menores, como se verá más adelante, pero se hará énfasis en los casos, donde, después de un divorcio -generalmente de un matrimonio mixto- son los progenitores los titulares de la custodia y del derecho de visita. Lastimosamente, el mayor número de sustracciones internacionales de menores atienden a desavenencias conyugales de sus progenitores[390] de disímiles nacionalidades que derivan en profundas diferencias socio-culturales[391].

Por esta razón, dejo de lado las diversas modalidades protagonizadas por otros familiares. Entre esas otras maneras se encuentra el presupuesto en que es una institución la titular de la custodia del menor. Otros modos pueden contemplar la participación de organizaciones delictivas que sustraen al menor *por encargo* para luego entregarlo al otro progenitor[392]. Ninguna de esas circunstancias particulares será considerada en este trabajo.

---

[386] PÉREZ VERA, E., "El menor en…, *Op. cit.*
[387] MIRALLES SANGRO, P., *El secuestro internacional…, Op. cit.*
[388] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 44.
[389] El sustractor del menor cuando lo lleva más allá de las fronteras cuenta con altas perspectivas de éxito debido a la divergencia y a veces incompatibilidades de los sistemas jurídicos y sociales de los Estados. BUCHER, A., *L´enfant en…, Op. cit.*, p. 141.
[390] PÉREZNIETO, L. y SILVA, J. *Derecho internacional privado…, Op. cit.*
[391] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.*
[392] "Pero quizás la experiencia más desgarradora de todas es la de una madre francesa que fue atacada en un bosque por unos hombres que actuaban siguiendo órdenes de su esposo separado, la sacaron del automóvil y tuvo que presenciar impávida cómo los hombres se iban con sus dos hijos aterrorizados (un niño de 7 años y una niña de 3) gritando en la parte de atrás del vehículo". LOWE, N., *Informe del Foro internacional sobre secuestro familiar de menores*. Programa de acción de la Convención de La Haya, p. 1, 1998. Disponible en: <http://www.icmec.org/en_X1/icmec_publications/International_Parental_Child_Abduction_Forum_ES.pdf>.

El secuestro es un término que se ha querido asimilar a este comportamiento indebido, pero no se puede obviar que la conducta estudiada en esta oportunidad se materializa en el marco de relaciones familiares eminentemente; en consecuencia, la denominación de secuestro le imprime un carácter *criminal*, porque como lo ha establecido la Corte Constitucional de Colombia

> …el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores, así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho[393].

Lo expuesto, al margen de que se haya tipificado o no como delito, en algunos Estados que han suscrito el CH80, lo analizaré desde sus exclusivas implicaciones civiles.

Reseña Tomás Ortíz De La Torre[394] que los idiomas oficiales de la CHDIPr son el inglés y el francés[395]; por tanto, los términos utilizados en estos idiomas para hacer referencia al fenómeno regulado por el Convenio de La Haya son *legal kidnapping y enlèvement*, respectivamente y que al realizar la traducción al español sólo podía utilizarse como referencia los tipos penales vigentes para ese entonces, ninguno de los cuales se denominaba secuestro, sino rapto y detención ilegal; además, no se referían al tipo descrito en el Convenio, pero a pesar de eso se le empezó a denominar secuestro.

Es conveniente establecer porqué el término de secuestro no es el más adecuado para denominar este atentado[396] al menor y a sus derechos. El secuestro hace alusión a un tipo penal donde el bien jurídico protegido es la libertad y la sustracción internacional de menores atenta

[393] COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-290/93 de 28 de julio de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-290-93.htm>.
[394] TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit.*
[395] Los idiomas oficiales siguen siendo el inglés y el francés, pero con este acto se reconoce que el español es la tercera lengua más hablada en el mundo, después de aquéllos. BORRÁS, A., "La puesta en marcha de la página web de la Conferencia de La Haya en español", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VIII, 2008, pp. 1237-1239.
[396] BORRÁS, A. "El `interés del…, *Op. cit.*

contra las relaciones familiares[397]. Si bien es cierto que España[398], Colombia[399] y Venezuela[400] prevén consecuencias penales para el agente de una conducta como la descrita -lo que puede abrir una vía a la cooperación internacional en materia penal[401]- también lo es la postura contundente de la mayoría de especialistas en punto de que el tratamiento civil[402] es preferible, a la aplicación de castigos penales porque poco o nada[403] ayudan a resolver los problemas que genera la

[397] SERRANO TÁRRAGA, M., "Sustracción de menores", en *Serta, in memoriam Alexandri Baratta,* Salamanca, 2004, pp. 941-965. (p. 943).

[398] A propósito de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. El Código penal español prevé en artículo 225 bis, que "1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado 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. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas". ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-24044>.

[399] El Código penal colombiano cuenta con un reciente artículo adicionado en por la Ley 890 de 2004 que reza "Artículo 230-A. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes". COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr008.html#230>. ROMERO, Y., "Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores. Enfoque desde la antropología jurídica", en *Universitas Humanística* (Colombia), núm. 64, 2007, pp. 113-138.

[400] La LOPNNA en su artículo272: "Sustracción y retención de niños, niñas o adolescentes. Quien sustraiga a un niño, niña o adolescente del poder de quien lo tenga por virtud de la ley u orden de la autoridad, será penado con prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurre quien retenga indebidamente a un niño, niña o adolescente. El o la culpable deberá sufragar los gastos de envío del niño, niña o adolescente a su lugar de procedencia."

[401] GARCÍA CANO, S., "Nota a la Sentencia…", *Op. cit*.

[402] "El tratamiento civil de los desplazamientos ilícitos es el mejor cauce para la resolución de los problemas que se suscitan en la esfera familiar. Hay que tratar de evitar medidas revulsivas que induzcan a reacciones descontroladas del sujeto al que se les aplique por el peligro que ello supone para la débil figura del menor." ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos clave para el debate (II)", p. 254, en *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, jurisprudencia*, núm. 9, 2000, pp. 237-256.

[403] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…" *Op. cit.* TELLECHEA BERGMAN, E., *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y protección internacional de menores*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 17. "(…) entendemos que un tratamiento penal perjudicaría aún más el beneficio superior del menor perseguido en las soluciones jurídicas convencionales." ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…". *Op. cit.* PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La Haya de Derecho

sustracción internacional de menores y es que aprehender[404] al progenitor sustractor, primero no es fácil y de lograrse si no existen Convenios de extradición entre los Estados involucrados[405], o existiendo no se extradite a los nacionales[406] o si en alguno de los Estados involucrados no se ha tipificado penalmente la conducta todo resultaría írrito. Pero podemos suponer que se extradite al sustractor, en ese evento hay que admitir que tal extradición no es garantía de retorno del menor.

Castex explica que:

> *Le droit pénal d´une manìer générale est peu adapté pour régler ce taype de conflits privés tout en restant un recours efficace dans certains cas pour la recherche du parent disparu (ouverture d´une information, mandat d´arrê.*
>
> *La coopération en matière répressive donne peu de résultats en ce domaine. Par ailleurs l´efficacité d´une mesure d´emprisonnement a ses limites: certains parents déterminés n´hésitent pas à faire de la prison sans rien céder par ailleurs, et lorsque la peine est purgée, toute possibilité de dialogue a disparu*[407]

Además, el tratamiento penal ocasionaría entorpecimientos al retorno del menor al Estado de residencia habitual, amén de que profundizaría las huellas sicológicas, que la sustracción internacional ya había empezado a *horadar* en el ánimo y en la psiquis del menor, quien ahora deberá *cargar* con la culpa-según él- de la pérdida de libertad de su progenitor sustractor. En el seno de la misma CHDIPr[408] las posturas son disímiles: por un lado, se encuentran los Estados detractores que reconocen en el tratamiento penal de la sustracción un entorpecimiento a la consecución expedita de los objetivos del CH80; y, por el otro, se encuentran los Estados que aseguran que la rápida ubicación del menor y la disuasión de la intención sustractora se deben a la

---

internacional privado: cuarta reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)", en *Revista Española de Derecho Internacional,* números 1 y 2, 2001, pp. 717 - 722. MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…" *Op. cit.*

[404] En el caso de una orden de captura el autor asegura que puede ser inútil porque la condena no será ejecutada en otro país y no se podrá obtener la extradición del padre secuestrador porque generalmente es nacional del país de refugio y el principio de no extradición de los nacionales no permitirá la extradición. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…" *Op.cit.*

[405] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de… Op. cit.*

[406] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…" *Op.cit.*

[407] El Derecho penal en general no está diseñado para reglamentar este tipo de conflictos privados pudiendo ser eficaz en ciertos casos para la búsqueda del pariente desaparecido (apertura de una investigación, orden de detención). El tratamiento represivo da pocos resultados en este campo. Por otro lado, la eficacia de una medida de encarcelamiento tiene sus límites: ciertos padres determinados no vacilan en estar en la cárcel sin ceder nada por otro lado, y cuando la pena es purgada, toda posibilidad de diálogo desaparece. CASTEX, P., "Les dèplacements illicites d´enfants à l´étranger", p. 160, en DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F. (Avant-propos), *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales,* Colloque du Lab. d'études et de recherches appliquées au droit privé - Univ. de Lille II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1993, pp. 159-174.

[408] PÉREZ VERA, E. "Conferencia de La Haya…, *Op. cit.*

tipificación penal que de la sustracción se ha hecho.

Por eso, hay quienes reconocen en el tratamiento penal un elemento disuasivo de la intención sustractora porque el potencial sustractor al informarse de las consecuencias tipificadas penalmente debería desistir de su propósito[409]. El tratamiento penal puede ser la única esperanza para lograr el retorno del menor cuando ha sido trasladado a un Estado con el que no se tiene suscrito acuerdo alguno sobre sustracción internacional de menores[410].

El otro lado de la moneda muestra que el sustractor ante su criminalización no retornará voluntariamente al menor[411]; además, el tratamiento penal parece, a todas luces, incompatible con la naturaleza de las relaciones familiares, donde la prisión para el progenitor sustractor agudizaría las diferencias y contenciones entre los excónyuges lo que derivaría en un deterioro sensible de las relaciones entre ellos, todo en perjuicio del interés superior del menor[412] quien verá seriamente vulnerado su derecho a mantener contacto con ambos progenitores. Por tanto, deben aunarse esfuerzos para lograr la solución pacífica[413] de estos conflictos para restablecer el equilibrio que redunde en beneficio del menor, y en ese ánimo pacifista no tiene cabida el Derecho penal con sus soluciones; por eso, no se recomienda el tratamiento penal de estos casos ni debería promoverse la consagración de procedimientos penales para ello[414] porque la vía penal no necesariamente lleva al retorno del menor[415].

Entonces, nos centraremos en el tratamiento civil del fenómeno que se procura desde la concreción de Convenios internacionales que tienen un ánimo profundamente proteccionista del menor y no pretenden sancionar al adulto sustractor[416], sin desconocer que, en virtud, de las

[409] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional de menores y su nueva regulación", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 11, 2007, pp. 67-124.
[410] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…Op. cit.*
[411] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…Op. cit.* RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Nota a La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de abril de 2003 en el caso Iglesias Gil y A.U.A contra España", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2004, pp. 360-365.
[412] TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit*.
[413] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…" *Op. cit.*
[414] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de… Op. cit*.
[415] GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M., "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil", en *Revista Jurídica de Catalunya* (Barcelona), núm. 3, 2010, pp. 169-196.
[416] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes", en *Temas socio-jurídicos* (Colombia), núm. 53, 2007, pp. 121-133, p. 126.

circunstancias esta conducta tiene un tinte criminal[417].

El flagelo de la sustracción internacional, como problema social[418] que es, debe ser abordado desde una perspectiva multidisciplinaria. Si bien es cierto, que en términos técnico-jurídicos se ha erradicado de la terminología del Derecho de familia la denominación de secuestro para referirse a estos casos, no es menos cierto que en la dimensión sicológica, sociológica y emocional lo que sufren y perciben los afectados es que han sido víctimas de un secuestro[419]; tal denominación, como ya se dijo, no es conveniente tratar penalmente, pero sin reparar en preciosismos jurídicos, es un secuestro, donde el menor -no pocas veces- resulta el rehén[420] del sustractor, con todas las consecuencias y daños colaterales que trae consigo.

En estos casos no se persigue una recompensa en metálico para retornar al menor a su *status quo* pero es que el progenitor que ostentaba la custodia es preso de las mismas preguntas, inquietudes y angustias que se formulan los familiares de una persona secuestrada[421] y, el menor es sometido a inestabilidades, persecuciones, fugas y le son impuestos códigos de silencio y clandestinidad[422] que hacen que la sustracción internacional de menores –en algunos casos – se parezca a un secuestro. Así, no debe reservarse sólo al Derecho el tratamiento de estos casos, sino que debería organizarse un frente común desde el Derecho, la psicología, sociología, pediatría, siquiatría, trabajo social, entre otras ciencias para generar las medidas preventivas[423] y reactivas

[417] "En mi opinión sólo parece aconsejable pensar en el tratamiento penal, cuando intervengan elementos o terceras personas con intereses ajenos al citado ámbito familiar y máxime cuando los móviles de las conductas de los mayores que practican esos secuestros, se circunscriben a lo que ha venido a llamarse tráfico internacional de menores." MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.,* p. 236.

[418] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[419] "Pocas personas entienden que ese menor (…), durante un tiempo, más o menos largo, ha vivido en sus carnes un secuestro". SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.,* p. 23.

[420] PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…", *Op. cit.*

[421] "Es imposible imaginarse sin haberlo vivido lo que se siente cuando se desconoce prácticamente todo sobre tu propia hija. El no saber si estará enferma o sana, si feliz o desgraciada, si se sentirá sola (…)" GARCÍA SEGARRA, M. "Perspectiva personal de una madre afectada", p. 15, en ASOCIACIÓN PARA LA RECUPERACIÓN DE NIÑOS SACADOS DE SU PAÍS, *I Congreso jurídico internacional sobre traslado ilícito de menores*, Zaragoza, 2001, pp. 13-17.

[422] "(..) estos menores [los que han sido sustraídos] son frecuentemente trasladados de lugar de residencia y, a menudo, incluso de país para borrar las pistas que podrían llevar a su recuperación. Esta circunstancia motiva que estos niños estén sufriendo durante largos períodos en un momento trascendental de sus vidas- una violencia que siempre es psicológica y demasiado repetidamente también física.". SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit*., p. 22

[423] "(…) Es evidente que los instrumentos convencionales presentan problemas, alguno de ellos graves, y que una de las asignaturas pendientes es la de su falta de operatividad para abordar esta cuestión antes de que llegue a plantearse, esto es, no se logran establecer medidas preventivas". DIAGO DIAGO, M., "Secuestro internacional de…", *Op. cit.,* p. 23.

ante este agravio, que marca para siempre las vidas de quienes están involucrados y con especial ferocidad la del menor.

Es por ello que el concepto del fenómeno no puede descuidar que se trata de una modalidad de violencia doméstica[424], de género[425], familiar[426]de las más graves[427] donde la principal víctima es el menor[428], quien por su condición débil termina soportando la peor parte, pero los efectos devastadores también alcanzan a otros familiares[429] del menor como se verá más adelante.

La sustracción internacional de menores es una tragedia, una desgracia[430], un problema social que debe ser abordado desde sus orígenes para conjurarlo, porque siempre será mejor prevenir la sustracción que lamentar los efectos perjudiciales y a veces imborrables que genera en los menores, los que no siempre son retornados a su residencia habitual.

2.1.3 Elementos constitutivos

Cuando se hizo referencia a las distintas denominaciones del fenómeno de la sustracción internacional de menores se reseñaron algunas que no resultaban las más adecuadas o comprensivas de todos los elementos de este flagelo. Así, puede ser que se traslade a un menor del Estado donde reside habitualmente, pero no por parte de un pariente; por esta razón, se está frente a una sustracción internacional que no parental. También puede suceder que uno de los progenitores traslade o retenga ilícitamente al menor pero dentro del territorio del Estado donde tiene su residencia habitual; en este caso, se estará ante una retención o sustracción parental pero no internacional. Puede presentarse el caso de que haya retención o traslado parental e internacional, pero lícito, lo que implicaría que se cuenta, para ello, con la anuencia del otro

[424] "(...)Desde el año 1998 se viene agudizando el fenómeno de la violencia doméstica, Internacionalmente se viene considerando un ´Kidnapping´ como un acto de violencia tanto contra un menor como contra el progenitor privado de una relación con él, y en consonancia con tal idea, así como desde la práctica del trato con las víctimas (…)". ALONSO CARVAJAL, A. "Sustracción interparental de menores", p. 377, en *Separación y divorcio,* Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 365-393.
[425] ESPINOSA CALABUIG, R., "La (olvidada) perspectiva …*Op. cit.*
[426] PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.* HERRÁNZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[427] ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de…, *Op. cit.*
[428] PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*
[429] "(…) Desde mi experiencia atendiendo, escuchando y ayudando a padres que sufren amenazas de secuestro de sus hijos y padres que no ven a sus hijos desde hace años, meses, considero que la sustracción interparental constituye un acto de violencia que afecta negativamente tanto al niño como a su familia (…)". SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, p. 32. , *Op. cit*.
[430] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

progenitor y sin desbordar los límites temporales establecidos.

Entonces, para afirmar que se está ante una sustracción internacional de menores se han disgregado sus elementos con el empeño de facilitar la determinación del tipo de sustracción y, reitero, que el marco del análisis es el post divorcio de un matrimonio mixto; así se identifican tres clases de elementos: personal, de ilicitud e internacional.

2.1.3.1 Elemento personal

En esta categoría existe pluralidad de involucrados entre los que hay un antagonismo: un victimario y las víctimas. Así, limitaremos el análisis a los casos donde el agente es uno de los progenitores quien hace las veces de sustractor mientras que la víctima primordial y lastimosamente es el menor sustraído o retenido ilícitamente, aunado al progenitor custodio que no consintió el traslado o la retención, pero se deja a salvo el resto de la familia[431] y allegados que experimentan y lamentan el alejamiento y a veces, desgraciadamente, la pérdida del menor. Así, distingo dos sujetos: activo y pasivo(s).

2.1.3.1.1 Sujeto activo

En este rol se encuentra el progenitor sustractor -titular del derecho de visita o de la custodia compartida. Incluso aquél privado de la patria potestad o sobre quien respecto del que se haya extinguido. La conducta desplegada por el sujeto activo trata de un ejercicio abusivo del derecho porque retiene al menor más del tiempo acordado y/o atribuido y/o lo desplaza fuera del Estado donde reside habitualmente. Todo, con la firme pretensión de *escapar* de la jurisdicción que había ya organizado y atribuido los derechos derivados de las relaciones paternofiliales para luego buscar

[431] "Pero yo aquí quiero recordar que los padres y madres no son los únicos que sienten este terrible dolor y este desgarro interior por el secuestro de estos niños y niñas. El sufrimiento llega a todos los miembros de la familia y, muy especialmente, a los abuelos. Los abuelos ni tan siquiera tienen la defensa de la vorágine de entrevistas y papeleos en la que se ven envueltos los padres. Ellos se quedan simplemente en casa, dedicando todo su tiempo a pensar y a sufrir, porque no olvidemos que ellos sufren y lloran no sólo por los nietos que les han sido brutalmente arrancados, sino también por sus propios hijos, esos hijos a los que ven desgastarse en el dolor y en la impotencia." GARCÍA SEGARRA, M. "Perspectiva personal de…", *Op. cit.*, p. 16. "Los progenitores o guardadores de estos niños, también deben ser considerados como víctimas, sufren profundos traumas por la perdida (sic) de sus hijos." COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit.,* p. 39.

cobijo jurisdiccional en su país, esperanzado en un nacionalismo judicial[432] que puede ser tal[433] o imaginario.

Miralles Sangro ha llamado al sustractor el sujeto activo[434] y le atribuye la autoría de la ilicitud que configura lo que él llama secuestro. Al respecto, afirma que el texto convencional no lo define ni enumera las personas, naturales o jurídicas, que pueden fungir como secuestrador (sustractor) así asegura que puede ser:

a) Una persona física que retiene o desplaza a un menor cuando sobre el ejerza la guarda, con el fin de evitar el ejercicio de un derecho de visita, o, cuando el desplazamiento o retención lo efectúe al ejercer el derecho de visita para impedir que otro ejerza el derecho de guarda.
b) Los mismos supuestos contenidos en la letra a), sólo, que referidos a una persona jurídica (institución u organismo). La dificultad estribaría en que normalmente la persona jurídica que está al cuidado de un menor tiene algún título jurídico para ello, excepto cuando el auténtico "secuestrador" ponga a su disposición el menor, al objeto dificultar aún más el ejercicio de los derechos de guarda o de visita de quien corresponda[435].

Sin entrar a establecer las causas de la sustracción internacional de menores, en punto del sustractor Sagatun y Barret citados por Coll Tellechea han determinado su perfil sicológico y así se han establecido cinco tipos de patrones de conducta:

> 1- La lucha por el poder, siendo la venganza el papel principal.
> 2- Se denomina ´Sígame´ donde el fin principal del progenitor sustractor es incitar al otro a que lo siga, recreando la excitación del cortejo.
> 3- Existencia de una perturbación psicológica, existiendo un exceso de identificación con el menor, con lo que la custodia física del hijo se hace imprescindible.
> 4- Patrón de fracaso de la no obtención de la custodia por la vía judicial.

[432] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Protección de menores…, *Op. cit.,* GÓMEZ BENGOECHEA, B., Aspectos civiles de…, *Op. cit.* JIMÉNEZ BLANCO, P., Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.17. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 36.

[433] "Cabe notar que las leyes de nacionalidad, al contemplar el criterio del *ius sanguinis*, suelen atribuir de forma distributiva la nacionalidad de cada uno de los progenitores al hijo. Siendo el hijo un doble nacional, es plausible que los tribunales del país al que se ha desplazado al menor caigan en la tentación nacionalista de considerar que su interés superior reside en permanecer en el propio país y junto al progenitor nacional. Estas motivaciones nacionalistas, jurídicas e ideológicas, alcanzan a todos los países y encuentran más o menos su cobertura jurídica bajo el paraguas de los motivos de orden público o de la protección del interés del menor nacional". QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.,* p. 46.

[434] MIRALLES SANGRO, P., *El secuestro internacional*…, *Op. cit.*

[435] MIRALLES SANGRO, P., *El secuestro internacional*…, *Op. cit.*

5- Existencia de sospechas sobre un riesgo físico para el menor[436].

2.1.3.1.2 Sujetos pasivos

La sustracción internacional de menores es, sin duda, una manifestación de violencia[437] familiar, pero con una *resonancia amplificada* porque al sustraer abruptamente al menor del medio en el cual se encuentra no sólo se está infligiendo violencia sobre él sino sobre el titular de la custodia y toda su familia -como ya se estableció-, es más, algunos autores sostienen que incluso parte de esa conducta inapropiada y violenta se revierte sobre el mismo ánimo y la psiquis del sustractor[438].

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos en abril de 2015 ha afirmado –en la sentencia que decidió el caso Ferrari contra Rumanía- que los daños que causa la sustracción ilícita trascienden la persona del menor y afectan también al núcleo familiar cuando atentan contra el respeto a la vida familiar[439].

Por eso, en esta categoría se encuentran tanto el menor, como la principal víctima[440] a quien la sustracción perjudica, atacando sus derechos[441], sin atender a sus necesidades, lo que compromete su desarrollo[442] y en favor de quien se han realizado esfuerzos convencionales para lograr el restablecimiento de su *estatus quo*. Tanto, el progenitor que ostentaba la custodia o el derecho de visita inmediatamente antes de la sustracción a quien se le impide ejercer cabalmente sus deberes y derechos[443]. También hay que reconocer como víctima a otras personas, entre las que se cuentan otros familiares y allegados a quienes alcanza la resonancia del desarraigo del menor de su medio natural, de su residencia habitual.

---

[436] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…", *Op. cit.* pp. 37- 38.
[437] [la sustracción] "constituye un acto de violencia que afecta especial y negativamente al niño, situándolo como objeto de presión entre sus padres y a menudo como rehén del sustractor, enfrentándolo a cambios de entorno familiar y social privándole del afecto y la relación con el progenitor con el que convivía y con su familia extensa." PÉREZ, M., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*, p. 125
[438] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[439] RODRIGO ROJAS, O., "Caso Ferrari c. Rumanía (I Parte)", Bitácora Millenium DiPri, núm. 0, 2015, Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/n-141-caso-ferrari-c-rumania-parte-1>.
[440] BLANCO RODRÍGUEZ, J. y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[441] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[442] DE PEÑAFORT, R. y ARBULO, B., "El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos", en *Psicopatología clínica, legal y forense* (España), núm. 3, 2002, pp. 109-124.

[443] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

2.1.3.1.2.1 Menor

En referencia al sustrato personal como víctima se identifica al menor, quien en su condición de vulnerabilidad resulta el más afectado por ese traslado o retención, experimentando una serie de consecuencias graves de distinto orden, incluso sicológicas[444].

Con este hecho el menor es tratado de manera inhumana y reducido por el sustractor a un objeto sobre el que se decide su lugar de ubicación, es desarraigado del lugar que le sirve de residencia habitual, es sometido -en algunos casos- a situaciones hostiles, clandestinas[445] incluso peligrosas[446] y se atenta contra su estabilidad, colocándolo así en indefensión porque queda fuera del alcance de su familia y de las autoridades[447].

Lowe reseña que:

> Los niños secuestrados ya han sufrido por la separación de sus padres, pero además sufrirán el trauma de que se los separe súbitamente de su ambiente familiar: un padre o una madre, abuelos, escuela y amigos (…) [y ese] Ese "estado de guerra" entre los padres pone a los niños en medio de un horrible fuego cruzado[448].

Para definir el contenido del término menor en este contexto es necesario recordar que las normas jurídicas son generales, pero para brindar justicia tratan de manera desigual a personas que son desiguales. Por tanto, el Derecho genera categorías de personas utilizando entre otros criterios de clasificación el de la edad. Los rangos etarios señalan, en principio, la capacidad o no del individuo, y utilizando ese criterio se encuentran dos grandes categorías: menores y mayores de edad. "La ley ampara a toda persona con independencia de su edad, pero por su mayor debilidad se esfuerza más en proteger a los menores"[449].

El menor de edad es incapaz por razones etarias, pues se ha establecido que no cuenta con la capacidad de discernimiento suficiente para proveer a sus intereses, y en su protección se le impide realizar actos y negocios jurídicos. De acuerdo con Iriarte Ángel esta condición de

[444] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit.* PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*
[445] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[446]DE PEÑAFORT, R. y ARBULO, B., "El traslado ilícito…, *Op. cit*.
[447] GARCÍA VICENTE, F. Prólogo…, *Op. cit.*
[448] LOWE, N., *Informe del Foro*…, *Op. cit.*, p. 2.
[449] ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I…, Op. cit.* p. 239.

minoridad es:

> …la causa de incapacidad más amplia e importante y es comúnmente admitida en el Derecho comparado. Por el contrario, es muy variable en los distintos ordenamientos la edad fijada para concluir la minoría y alcanzar la mayoría de edad. No obstante, se puede decir que en los países occidentales hay una clara tendencia a que a los 18 años se alcance la mayoría de edad. Cosa distinta es que en ocasiones algunos Convenios internacionales fijen para su aplicación una edad máxima del individuo[450].

Así, el artículo 4 del CH80 consagra que:

> El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Este límite de edad, autárquicamente, establecido por el CH80 evita el recurso de las regulaciones indirectas[451]; no define la minoría de edad en general, sólo establece un límite etario a su aplicación. Es lo que ha denominado Carvajal una minoría de edad cualificada[452] y que significa que, después de cumplidos los 16 años será el menor, quien con la madurez que empieza a alcanzar a esa edad[453] y ya próximo al límite de la mayoría de edad, el que tendrá la posibilidad de ilustrar a la autoridad judicial sobre la orientación más conveniente a sus intereses de una decisión sobre su retorno o no.

En España[454], Colombia[455] y Venezuela[456] la mayoría de edad se alcanza al cumplir 18 años, pero sólo están protegidos por este esfuerzo convencional los menores de edad que no hayan cumplido dieciséis años.

En consecuencia, entre los 16 años y la edad para alcanzar la mayoría de edad, en circunstancias normales, la atribución de los derechos de custodia y visita quedarán seriamente

---

[450] IRIARTE ÁNGEL, J., "Las medidas de…, *Op. cit.,* p. 371.
[451] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 47
[452] ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[453] MIRALLES SANGRO, P., *El secuestro internacional de…, Op. cit.* MONTÓN, M., *La sustracción de…, Op. cit.*
[454] ESPAÑA. Artículo 12 de la Constitución de España, "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años" Disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>.
[455] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículo 1 de la Ley 27 de 1977 por la cual se fija la mayoría de edad. "Para todos los efectos legales, llámese mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años." Diario oficial. N. 34902., 4 de noviembre de 1977. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4965>.
[456] Artículo 18 del Ccv: "Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales".

condicionados por el criterio, decisión y opinión del menor quien está *ad portas* de ser mayor de edad[457], porque será difícil que un joven entre esas edades haga algo en contra de su voluntad[458]; así, Cano reconoce que este *ánimo convencional* responde a esa autonomía que tiene el individuo a partir de que alcanza la mayoría de edad, pero deshonra el artículo 11 de la Convención de los Derechos del niño.

Es cierto, que a los 16 años de edad -en promedio- la visión que tiene el individuo es más *real* de la que puede tener antes, pero sigue siendo menor de edad, y el carácter tuitivo de las normas jurídicas y convencionales que lo regulan no deberían dejar de aplicarse porque haya alcanzado mediana madurez y discernimiento, por eso Tomás Ortiz de la Torre[459] considera que hubiese sido conveniente extender la aplicación del Convenio hasta alcanzar la mayoría de edad -eso sí- con el serio miramiento de la opinión del menor en estos casos. Cano[460] al respecto no solo lo contempla como conveniente, sino que es defensora férrea de la aplicación del Convenio mientras sea menor de edad.

Si se atiende a uno de los propósitos convencionales: sancionar las vías de hecho que interfieren en el ejercicio de los derechos de custodia y visita, resulta confuso que esas vías de hecho parecieran legitimarse si se ejercen luego de los 16 años lo cual es incoherente, porque el mensaje que se le envía al menor es que de alguna manera las vías de hecho sí se justifican o no son tan graves dependiendo del contexto y su edad. Además, el menor de edad entre 16 y 18 años aún no es completamente autónomo, por lo que sigue requiriendo de protección especial y resulta un tanto injusto que haya sido excluido de la protección convencional. Pero, al margen de mi opinión, el CH80 es claro: protege a los menores de 16 años.

Ya establecí en el Capítulo anterior que la familia es el espacio ideal para que el menor se forme y obtenga la carga de valores necesaria para aquilatarlo de cara a la sociedad y su interrelación con los demás; así, la familia debería ser la garante de la protección del menor, en especial sus progenitores, pero, lastimosamente, en los casos de sustracción internacional de

[457] TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit.*
[458] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Publicaciones de la HCCH, 1982, p. 7. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf>. GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[459] TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit*.
[460] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Editorial COLEX, Madrid, 2003, p. 65.

menores se hace exponencial la debilidad del menor y la deshonra que hace alguno de los progenitores de su función protectora de los hijos.

En estos casos, se comprueba la premisa de que el menor es el más frágil de la organización familiar y ésta el "medio más propicio para el maltrato"[461] porque es una sociedad a escala, donde "se concentran de manera más cruda, todas las tensiones sociales, siendo la víctima principal el menor por sus condiciones desventajosas"[462].

2.1.3.1.2.2 Titular de la custodia y otros individuos

No hay duda de que la primordial víctima de la sustracción internacional es el menor por las razones ya expuestas, pero esa premisa no excluye la que afirma que el alcance de la sustracción atenta contra los derechos de otras personas distintas a él. Primordialmente, me refiero al titular del derecho de custodia, pero, en particular, a la persona natural, específicamente el otro progenitor que resulta lesionado en su derecho-función de tener consigo al menor para cuidar de él. Resulta innegable que su rutina y *sistemática familiar* se ven alteradas por completo. Se asume que, si el sustraído es único hijo de seguro el progenitor, titular de la custodia, dejará sus ocupaciones y obligaciones diarias para avocarse a lograr el retorno de su hijo.

Pero, si tiene varios hijos y le han sustraído a uno o varios, que no a todos, la tragedia se magnifica porque no puede descuidar a sus demás hijos, porque debe honrar para ellos las obligaciones derivadas de su condición de progenitor custodio. Es por ello que, no pocas veces el progenitor custodio en estas condiciones pierde su trabajo, en momentos donde los recursos económicos son fundamentales para la consecución del retorno del menor, porque si bien algunos instrumentos jurídicos internacionales prevén la asistencia jurídica y judicial gratuita para estos casos, también es cierto que no todos los Estados parte la otorgan y así la otorgaran el camino que debe transitar el progenitor custodio implica gastos extraordinarios en su presupuesto.

La vulneración de los derechos de custodia a los que se refieren los distintos instrumentos jurídicos internacionales que conjuran la sustracción internacional es meramente jurídica. Sin

[461] MARTÍNEZ, S., "Derecho del menor", p. 51, en GARCÍA SARMIENTO, E. y otros, *Derecho de menores: aspectos civiles, comerciales, laborales, internacionales y organismos de protección*, Ediciones Rosaristas, Medellín, 1995, pp. 45-71.
[462] *Ibídem*. Lamentablemente el núcleo familiar es el caldo de cultivo de las sustracciones internacionales. MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.*

embargo, la significación emocional que este flagelo trae consigo y genera en el progenitor custodio es inconmensurable. Pues, no hay posibilidad de tasar objetivamente la pérdida que un hijo representa para su padre o para su madre, por eso no todo está escrito cuando de las consecuencias de la sustracción se trata… hasta la salud mental del progenitor custodio está en juego.

Al respecto, Lowe reseña que:

> Los padres o madres víctimas caen de pronto en un mundo desconcertante, en el que compiten la impotencia, la desesperación y la desorientación (…) Con frecuencia los padres enfrentan barreras legales, culturales e idiomáticas. Sus recursos emocionales y financieros pueden ser exigidos hasta el límite[463]

El testimonio de María Amparo García Segarra -cuya hija fue sustraída y a quien no había encontrado aún después de 22 años desde la sustracción y de quien ni siquiera sabía de su paradero- describe la tragedia que significa para ella esa incertidumbre:

> Nadie que no lo haya sufrido puede imaginarse lo lento que pasa el tiempo cuando el dolor, la desesperación y la rabia son, a la vez que tus acompañantes continuos y fieles, el motor que te impulsa a vivir u a luchar. Cuando sacas fuerzas de flaqueza para continuar el camino porque aún crees que eso no te ha podido suceder a ti. Cuando piensas que si tienes la suficiente fuerza y ánimo vas a conseguir recuperar a tu hija, que es lo que más quieres en el mundo (…) Cuando una persona pasa por esta inhumana experiencia siente un vacío interno tan grande que es como si el corazón se te hubiera muerto y sólo quedara vivo un pedacito, estrictamente lo suficiente para que siga latiendo y continúe tu vida, que ya no dejará de ser sino un eterno sinvivir, porque la razón primordial de tu existencia te ha sido robada. (…)
> Primero la incredulidad, la sensación de que en cualquier momento vas a despertar de lo que piensas que es una horrible pesadilla y encontrarte con la mirada amorosa de tu hija y sus bracitos rodeando tu cuello llena de ternura. Después viene la rabia y la fuerza sobrehumana que hace que puedas hacer mil cosas y nunca estés cansada, incluso en medio de la noche, cuando se consigue dormir, que no es siempre, te despiertas con alguna nueva idea y la fe ciega en que esa nueva idea va a ser la buena, la que definitivamente te va a llevar a la recuperación de tu hija.
> Conforme van pasando los meses y los años y ves que todo lo que intentas no te lleva a ninguna parte, llega la desesperación, la impotencia y la apatía. Esto es aún peor. Dejas de creer en todo y en todos. La fe y la ilusión te han abandonado y ya no tienes fuerzas ni ganas para luchar[464].

El mismo análisis que se hace respecto del progenitor custodio aplica en menor o mayor

[463] LOWE, N., *Informe del Foro*…, *Op. cit*., p. 2.
[464] GARCÍA SEGARRA, M. "Perspectiva personal de…, *Op. cit.* pp. 14-15.

medida en relación con otros familiares, incluso profesores, cuidadores y demás allegados al menor, porque, aunque su condición y relación con el menor no esté jurídicamente consagrada la resonancia de la sustracción los alcanza en su ánimo. Claro está, la protección convencional no los cobija, pero eso no obsta para que en ese reciente binomio Derecho de daños - Derecho de familia se pueda lograr no llamaría yo una indemnización porque los hijos no se tasan, pero sí un resarcimiento por los daños sufridos.

2.1.3.2 Elemento de ilicitud

Lo que hace que la retención o traslado sean ilícitos es la vulneración al derecho de custodia[465], específicamente se pueden observar varias circunstancias, unas que denomino objetivas y otras subjetivas:

Objetivas: consisten en la trasgresión de un régimen impuesto legal, judicial o convencionalmente lo que hace ilícita esta conducta, a saber:

1.-La inobservancia de normas jurídicas que de pleno derecho han atribuido la custodia a uno de los progenitores.

2.- La inobservancia de una providencia judicial que había organizado y atribuido debidamente el derecho de custodia o responsabilidad de crianza y el de visita o régimen de convivencia familiar.

3.- La deshonra de un acuerdo vigente entre progenitores.

Subjetivas: desatienden el querer, la voluntad o desbordan la autorización del titular de la custodia, a saber:

1.- El traslado, a un país distinto de aquél donde tiene su residencia habitual el menor, fue autorizado por el titular de la custodia, pero al cabo del tiempo acordado no retorna al menor, lo que convierte al traslado lícito en retención ilícita[466].

---

[465] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Comentario al Auto Aud. Prov. de Zaragoza (Sección 2ª), de 28 de marzo de 1994. Ponente: Excmo. Sr. Arqué Bescos", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1995, pp. 229-230. ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…, *Op. cit.* FÁBREGA RUÍZ, C., "La sustracción internacional…, *Op. cit.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[466] TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit.* SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*

En este caso vale la pena explicar que el plazo vencido reactiva el derecho de custodia del otro progenitor[467] y la negativa de retornar al menor convierte el inicial traslado lícito en una retención ilícita.

2.- En el caso del ejercicio conjunto de la custodia, se puede presentar una sustracción ilícita cuando uno de los progenitores sin comunicar, notificar o preguntar al otro traslada al menor a un Estado distinto de aquél en el que tenía su residencia habitual. En este caso, no se inobserva decisión judicial alguna, pero por medio de vías de hecho se trastoca la dinámica familiar[468].

Sea que se trate de la transgresión de circunstancias objetivas u objetivas, tanto en España, Colombia y Venezuela, es a la autoridad judicial a la que le corresponde establecer el carácter ilícito de la sustracción, lo que consiste en una labor comprensiva tanto de la legislación vigente, como de las decisiones judiciales o administrativas sobre el caso en el Estado requirente; todo ello, en virtud del artículo 14[469] del CH80. Sobre el particular, Montón García recalca que es una facultad potestativa del Juez fundamentar o no su decisión en tales providencias legales y jurisprudenciales[470].

En cuanto a las formas se debe descartar como exigencia que tales documentos deban transitar el procedimiento de *exequátur*; en caso de decisiones judiciales, ni siquiera se debe exigir que estén firmes, basta que se alleguen los documentos donde constan unos y otros sin mayores exigencias y solemnidades, por ejemplo, selladas y con una nota de certificación por parte de la autoridad que la profiere; si se exige el *exequátur* o que se agoten todos los recursos posibles contra la decisión, se estaría atentando contra la rapidez y urgencia de los mecanismos convencionales[471].

Incluso, puede tratarse de una resolución proferida por las autoridades competentes de un tercer Estado. Así, el CH80 tampoco exige su reconocimiento previo, y si el texto convencional

[467] GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2006, pp. 469-473.
[468] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.*
[469] Artículo 14: "Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables".
[470] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…*, *Op. cit.*
[471] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…*, *Op. cit.*

no lo exige el Juez, tampoco lo puede hacer, porque sería tanto como pronunciarse sobre el fondo del asunto y a la vez estaría dilatando el proceso de obtención de la resolución de retorno a la espera del *exequátur*. Todo, lo que resulta incompatible con el propósito convencional[472].

Ahora, sobre cómo llegan esa legislación y jurisprudencia al proceso, se entiende que la instancia *natural* para allegar tales elementos es la AC[473], sin perjuicio de que las partes las alleguen o el Juez las solicite.

2.1.3.3 Elemento internacional

Para que la sustracción del menor se catalogue de internacional se requiere que existan dos jurisdicciones involucradas[474] lo que se logra con la retención en o traslado del menor al territorio de un Estado distinto a aquél en el que tiene su residencia habitual.

La internacionalidad de la sustracción viene marcada por el hecho de que se haya trasladado al menor a otro Estado o se le haya retenido en aquél donde se estaba ejerciendo el derecho de visita con autorización de traslado desarraigándolo así de aquél donde tenía su residencia habitual[475]. Nada tiene que ver la nacionalidad de los progenitores o del hijo, porque pueden ser todos nacionales del mismo Estado y aun así se puede configurar la sustracción internacional del menor[476] cuando uno de los progenitores, como se ha descrito, traslada o retiene ilícitamente al menor en un Estado distinto de aquél donde tiene su residencia habitual, lo que implica así, dos jurisdicciones[477].

Lo que indica que el factor de conexión en estos casos es el concepto de residencia habitual del menor y no la nacionalidad[478] de él ni la de sus progenitores; de este modo, se da buena cuenta de que el texto convencional se preocupa primordialmente del menor, es decir, se centra en él y no

---

[472] *Ibidem*
[473] Artículo 15: "Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase".
[474] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*
[475] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.*
[476] LASARTE ÁLVAREZ, C., *La Convención de*…, *Op. cit.*
[477] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[478] CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales…, *Op. cit.*

en los mayores[479].

Por esta razón, hay que tener claro qué se entiende por residencia habitual, porque es un concepto que califica la ilicitud de la sustracción y resulta -por la prohibición del artículo 16 CH80- el foro convencional de competencia judicial internacional[480].

Generalmente, se asimila al lugar donde el menor desarrollaba su vida de manera normalizada inmediatamente antes del traslado o retención[481] y ha sido reconocida como un factor de conexión intermedio entre la nacionalidad y el domicilio; por tanto, promueve el acercamiento y la integración de posturas tan rígidas y distantes entre sí[482], y facilita así, el encuentro de jurisdicciones y legislaciones. Además, honra la realidad, el pragmatismo por sobre otra hipótesis y por no ser un elemento jurídico exclusivamente permite considerar como fuero atrayente el medio en el que verdaderamente está inmerso y hace vida el menor[483], su ubicación real, lo que implica estabilidad[484] y especial relación, donde se entiende que están sus raíces, el centro de sus afectos[485] y vínculos que propenderán a la formación, educación y estabilidad del menor como individuo[486]. En Estados Unidos se plantea lo siguiente:

> *Courts interpret the phrase according to is ordinary meaning and analyze habitual residence as a mixed question of fact and law, based on the circumstances of the particular case.Courts must carefully consider the unique circumtances of each case when determining a child´s habitual residence, particularly in situations involving military families*[487].

Entre las ventajas que brinda este concepto como foro de competencia judicial

---

[479] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.*, p. 46.
[480] JIMÉNEZ BLANCO, P., Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 150.
[481] CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[482] AGUILAR BENITEZ, M., "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1993, pp. 7 -38.
[483] *Ibidem.*
[484] FÁBREGA RUÍZ, Cristóbal., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[485] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.*, p. 45.
[486] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[487] La Cortes interpretan la frase de acuerdo con su significado habitual y analizan el concepto como un asunto híbrido: con elementos fácticos y de derecho, basadas en las circunstancias del caso particular. Las Cortes deben considerar las condiciones particulares de cada caso cuando vayan a determinar la residencia habitual de un menor y especialmente la de los menores pertenecientes a familias de militares. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention on International Child Abduction: a child´s return and the presence of domestic violence, 2005, p. 8. Disponible: en: <https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/page/Washington_State_Bench_Guide_dvAndTheHagueConvention.pdf> .

internacional se encuentran: se puede determinar sencillamente; resulta inmediato con el entorno del menor lo que evita la necesidad de ejecutar la decisión que se adopte en sobre la custodia en un Estado distinto a aquél donde se encuentran las autoridades que la profirieron; asegura un equilibrio procesal entre los progenitores porque no permite al sustractor tomar ventaja por el desplazamiento que ha propiciado y garantiza el mantenimiento del *status quo* del menor[488]. Por ello, la sustracción no se traduce *ipso facto* en la pérdida de la competencia de los órganos judiciales del Estado de origen[489]; antes hay que verificar los detalles que rodearon la sustracción y el tiempo que ha mediado entre la sustracción y el inicio del procedimiento que deba decidir sobre el retorno.

Jiménez Blanco[490] explica el mantenimiento de la competencia de los tribunales del Estado donde el menor tenía su residencia habitual, a pesar de la sustracción, como una ficción que pretende "prevenir una sustracción internacional a la vez que garantiza una tutela judicial adecuada (frente a un posible vacío de competencia)", porque atiende a los criterios de proximidad y de interés del menor[491].

De la jurisprudencia se han rescatado definiciones que han servido para perfilar el núcleo del concepto[492]: es esencialmente fáctico y se debe establecer con prescindencia de implicaciones jurídicas como la inscripción en registros, censos o padrones; puede identificarse incluso con la ubicación geográfica de sus vínculos afectivos; el lugar donde se encuentran el centro de sus intereses; nada tiene que ver con un tiempo de residencia particular en un país, puede así considerarse residencia habitual el sitio donde el menor ha estado por poco tiempo pero al que está vinculado por los lazos afectivos y sociales referidos. Se trata de una relación autónoma que el menor tiene con su situación geográfica; de modo que no es factible concluir que la residencia habitual del menor es la de sus progenitores[493] esa regla no puede aplicarse para el evento de separaciones, divorcios o para el caso en que los progenitores ya no convivan entre sí y menos cuando nunca lo hayan hecho.

---

[488] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.* p. 27.
[489] *Ibídem*
[490] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*, p. 34.
[491] *Ibídem*
[492] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[493] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*

Sobre la residencia habitual y su noción hay que aclarar especialmente el caso de los menores de corta edad (recién nacidos o bebés que no han alcanzado el año de edad) quienes por no haber empezado su proceso de socialización no puede profesarse respecto de ellos el entorno o centro vital de sus actividades como residencia habitual; de esa manera, se considera en estos casos que ese concepto se identifica geográficamente con el de la residencia habitual de aquellos de quienes dependen físicamente[494] que generalmente son sus padres[495]; por lo que, no se conoce -por lo menos en España- algún caso que haya ordenado el retorno de un menor de un año sustraído por su progenitora[496]. Y en el caso del concebido, pero no nacido no se puede, indudablemente, determinar su residencia habitual, hasta tanto no haya nacido[497].

Es supremamente importante determinar el Estado de residencia habitual del menor porque convencionalmente se considera el foro natural de competencia para decidir de fondo las disputas acerca de la custodia, por eso García ha sido enfática al respecto y ha afirmado que:

> 1°) La residencia habitual del menor es independiente a la residencia habitual de los progenitores, 2°) La residencia habitual del menor tiene un carácter exclusivamente objetivo, y no cabe dar entrada a elementos subjetivos como son, principalmente, la intencionalidad de los progenitores o, incluso, la del propio menor, 3°) El factor de la integración es decisivo para la adquisición de una residencia habitual (…)[498].

Hoy día hay que reconocer una seria dificultad de lograr un concepto unánime de lo que es residencia habitual. Tal dificultad se deriva de la flexibilidad del concepto. En ese sentido, hay que admitir que es tal la maleabilidad que permite disímiles concepciones de las autoridades judiciales de los Estados parte. Así, hay pronunciamientos judiciales que se centran en el menor sobre un enfoque fáctico; hay otros que lo hacen en la intención de sus progenitores -considerado residencia habitual el lugar al que recientemente se ha mudado el menor, pero con intención de permanecer allí de manera indefinida-; mientras otros han utilizado alternativamente ambas concepciones.

---

[494] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Protección de menores…, Op. cit.*
[495] "*If a child is born where parents have their habitual residence, the child normally should be regarded as a habitual resident of that country. However, the place of birth is not automatically the child´s habitual residence, because there must be a settled purpose to create a habitual residence*". Si un niño nace donde sus padres tienen su residencia habitual, el menor normalmente debe ser considerado como un residente habitual de aquel país. Sin embargo, el lugar de nacimiento no equivale a la residencia habitual del menor porque debe haber un propósito de asentarse en él. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. *The Hague Convention…, Op. cit.,* pp. 8-9
[496] GARCÍA REVUELTA, C., Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central. (Snp). Disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf>.
[497] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[498] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*, p. 67.

Incluso, en algunos países se habla de seis meses de permanencia, por consiguiente, no se puede asimilar el concepto de residencia habitual al tiempo durante el que ha vivido allí el menor, por eso se está al criterio jurisprudencial *in casu*[499]. En la Base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT) [500] se encuentran varias sentencias sobre el concepto cuyos criterios son disímiles. Ejemplo de ello, es la información reseñada en el análisis jurisprudencial de la base de datos referida en la que se reseñan tres enfoques que han sido adoptados en la doctrina sentada por los jueces al decidir: a) Centrado en el menor; b) Centrado tanto en el menor como en la intención de los progenitores; y c) Centrado en la sola intención de los progenitores[501].

El primero de los enfoques señalados se puede ilustrar con las decisiones en los casos: Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (6th Cir. 2007) [Referencia INCADAT: HC/E/US 935] de Estados Unidos, Droit de la famille 3713, N° 500-09-010031-003 [Referencia INCADAT: HC/E/CA 651] de Canadá. Para el segundo enfoque se reseñan las providencias que resolvieron los casos: Silverman v. Silverman, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), [Referencia INCADAT: HC/E/USf 530] en Estados Unidos. Y, respecto del tercer enfoque se evidencia en: Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001) [Referencia INCADAT: HC/E/USf 301], Gitter v. Gitter, 396 F.3d 124, 129-30 (2d Cir. 2005), [Referencia INCADAT: HC/E/USf 776]; Kooch *v.* Koch, 450 F.3d 703 (7th Cir.2006), [Referencia INCADAT: HC/E/USf 878][502].

La flexibilidad interpretativa reseñada ha traído no pocas dificultades. Por un lado, se conoce la frecuencia con que es utilizado el concepto -por no acusar de manipulación semántica a

---

[499] Referencia INCADAT: HC/E/ 502. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=995&lng=3&sl=3>.

[500] "En el año 1999, con el fin de promover un entendimiento mutuo, la interpretación consistente y con ello el funcionamiento efectivo del Convenio de 1980, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado creó la Base de datos sobre la sustracción internacional de niños (INCADAT). La base de datos permite acceder a decisiones destacadas sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores, así como también otras decisiones relevantes sobre sustracción internacional de niños. INCADAT comprende sumarios de decisiones que permiten hacer búsquedas, enlaces a los textos completos de las sentencias y un compendio de análisis jurídico en inglés, francés y español. INCADAT se actualiza en forma permanente, y es utilizada constantemente por jueces, Autoridades Centrales, abogados, investigadores y otras personas interesadas en esta rama del derecho de tan rápido desarrollo." CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=3>.

[501] INCADAT. Análisis de jurisprudencia. Objetivos y ámbito de aplicación del Convenio. Residencia habitual. Disponible en: <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>.

[502] INCADAT. Análisis de jurisprudencia. Objetivos y ámbito de aplicación del Convenio. Residencia habitual. Disponible en: <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>.

algunos jueces- hasta el punto de impedir el retorno[503]. Tal y como fue puesto de manifiesto en la reunión de la Comisión Especial de 2011, donde se expuso la preocupación por la interpretación que de ese concepto ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no facilita el retorno rápido del menor al Estado de origen[504].

Para establecer la residencia habitual no basta el factor tiempo, sino que hay que sumarle la voluntad de quedarse en un territorio. Así, puede considerarse como residencia habitual del menor un Estado en el que ha permanecido relativamente poco tiempo, pero con la firme intención de permanecer en él, como es el caso de las mudanzas con ánimo definitivo. Sin embargo, con el mismo fundamento -en este caso en sentido contrario- no se puede considerar residencia habitual de un menor aquel Estado en que ha permanecido un tiempo prolongado; pero, a propósito de un derecho de visita[505] o escondido, porque esta última condición le impide generar lazos de arraigo con el nuevo entorno[506], y si se permite en este último caso reconocer lazos de arraigo, se está legitimando la vía de hecho.

Incluso, si en el caso concreto hay violencia doméstica cambia todo el panorama; por ejemplo, en Estados Unidos la autoridad judicial consideró que a pesar de que había pasado tiempo la menor y su madre en un Estado:

> *The court found that the respondent and her child were detained in Germany by means of verbal, emotional and physical abuse and that such coercion ´removed any element of choice and settled purpose´ which may be been present in the family´s decision to visit Germany*[507].

Por eso, en definitiva, no hay baremos objetivos, sino hay que analizar cada caso pues lo que debe prevalecer es la realidad del menor, por esa razón, los elementos explicados no son

---

[503] BORRÁS, A., "Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006)", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2006, pp. 1110-1116.

[504] BORRÁS, A., "Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1 a 10 de junio de 2011)", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2011, pp. 314-320.

[505] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.*

[506] GOICOECHEA, I., "El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", en PERDOMO, J. (Coordinador), *I Congreso Internacional de Derecho de Familia,* Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2011, pp. 243-272.

[507] La Corte determinó que la demandada y su menor hijo fueron retenidos en Alemania por medio de abusos verbal, emocional y físico y que tal coerción eliminó cualquier posibilidad de elección e intención de asentamiento de la familia en Alemania. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op. cit.,* pp. 9-10.

rígidos, pero tampoco pueden ser la excusa para predeterminar una residencia habitual que termine siendo artificial[508].

Podemos referir algunos casos que Gómez Bengoechea[509] resalta por sus peculiaridades en torno a la determinación de la residencia habitual; el primero consiste en el traslado consecutivo del menor a varios Estados antes de ser retenido definitivamente. En este caso, debe recordar que la residencia habitual no se edifica sobre estadías temporales sino sobre la base de relaciones y lazos que se generan en distintas dimensiones, y se requiere un plazo prudencial para ello. Por ello, es y debe tratarse como un caso de doble sustracción que impone que la orden de retorno (de darse) sea al primer Estado donde efectivamente tenía su residencia habitual el menor y por ende la competencia judicial la preservan sus juzgados y tribunales[510].

Otro caso, es la pretensión de hacer valer como residencia habitual el domicilio previa y objetivamente establecido en acuerdos suscritos por los progenitores en torno a la custodia para así determinar el foro competente. Ningún carácter vinculante se le reconoce a estos acuerdos sobre la residencia habitual del menor[511], porque sería tanto como permitirles a los progenitores decidir sobre la competencia judicial de manera arbitraria, atendiendo a sus intereses que no a los superiores del menor desconociendo la naturaleza fáctica[512] y vigente del concepto.

En punto del menor, hay casos difíciles, denominados así por la doctrina, y es de la sustracción de bebés. Por razón de su corta edad, es necesario establecer cuál es su residencia habitual para poder así determinar la aplicación o no de los instrumentos jurídicos internacionales que combaten la sustracción internacional de los menores. Al respecto, se ha dicho que la residencia habitual de ellos está en el sitio donde se encuentran las personas de las que dependen físicamente[513].

Así que la residencia habitual del menor depende de elementos tales como: la edad del menor, tiempo de estancia, circunstancias de tal estancia, las acciones e intenciones de los progenitores, todos que deben ser estimados por la autoridad judicial en cada caso para

[508] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.*
[509] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[510] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.,* p. 36.
[511] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.* JIMÉNEZ, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*
[512] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*
[513] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

determinarla[514].

Es esa naturaleza fáctica de la residencia habitual la que también sirve de fundamento denegar el retorno *so pretexto* de integración del menor al entorno, lo que deriva en un cambio en la residencia habitual del menor y redunda en la atribución de la competencia a los órganos judiciales del Estado de refugio[515].

2.1.4 Modalidades

La clasificación es una tendencia inevitable en este tipo de fenómenos; los criterios de ordenación pueden ser diversos: se puede tomar en cuenta el sustractor, la intención, la duración, entre otras consideraciones diversas; empero, la verdad, como lo señala Álvarez, es que se asumen los distintos tipos de desplazamiento ilícito los cuales son tan variados y tan diferentes en su casuística[516] que "desborda cualquier intento de sistematización"[517]

Pero él sí admite que existe una variedad que llama "supuestos tipo"[518], donde en el marco de una crisis matrimonial uno de los progenitores se desplaza con el menor hijo a otro Estado distinto de aquél donde el menor reside habitualmente[519] y que fue para los que inicialmente se diseñó el CH80[520]. En contraposición, se encuentran las nuevas modalidades que involucran nuevos protagonistas como los abuelos u otros familiares. Otro caso *no tipo*, se refiere a los "desplazamientos sucesivos" [521], y casos atípicos como la sustracción hecha por el progenitor

[514] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*., p. 251
[515] JIMÉNEZ BLANCO, P., Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 37.
[516] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[517] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…, *Op. cit.,* p. 43.
[518] *Ibídem*
[519] *Ibídem*
[520] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004. Ponente: Ilmo. Sr.D. Pablo José Moscoso Torres", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2005, pp. 364-368. GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit*.
[521] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…, *Op. cit.,* p. 43.

custodio que teniendo tal condición de derecho no la ejerce de hecho[522].

Por su parte, Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieren a los casos donde ambos progenitores son titulares de la custodia y uno de ellos traslada al menor a otro país para impedir que el otro progenitor ejerza cabalmente su derecho[523].

Asímismo, describen el caso donde es el titular de la guarda quien traslada al menor de su Estado de residencia habitual a otro país, interfiriendo gravemente en el ejercicio del derecho de visita que tiene atribuido el otro progenitor[524] y que es de las variedades más frecuentes que se presentan hoy día[525].

Borrás describe la sustracción que se presenta cuando los progenitores viven en Estados diferentes y donde uno es el titular de la custodia mientras el otro ostenta el derecho de visita, en este supuesto se facilita que el menor sea conducido, desplazado de su residencia habitual a otro país"[526].

Deschenaux (citado por Tomás Ortiz de La Torre)[527] describe cuatro tipos de sustracción:

"A) Sustracción basada en la guarda y custodia derivada de la ley o del nuevo hecho de su ejercicio"[528]: en este caso, uno de los progenitores con la intención de anticiparse a un proceso judicial a propósito de una crisis familiar desplaza al menor a otro país (generalmente de su origen) para solicitar allí le sea atribuida la custodia, lo que le permite lograr y consolidar, judicialmente, la licitud del traslado ilícito.

"B) Sustracción preventiva"[529]: el autor se refiere a la sustracción del menor del país donde tenía su residencia habitual y su posterior traslado a otro, para prevenir una decisión judicial inminente sobre la atribución de la custodia que el progenitor sustractor ya da por sentado que va a ser

[522] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sec. 7, Gijón) de 30 de abril de 2007. Ponente: Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente)", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2008, pp. 244-247.
[523] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit*.
[524] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.* p. 413,
[525] GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.*
[526] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*, p. 193.
[527] TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit,* p. 35.
[528] *Ibidem*
[529] *Ibídem*

contraria a sus anhelos. Así, con el traslado pretende forzar la jurisdicción competente y lograr una decisión que le sea favorable.

"C) Sustracción al ejercitar el derecho de visita sin desplazamiento del menor"[530]: en esta hipótesis ya media una providencia judicial que ha organizado y atribuido debidamente los derechos de custodia y visita, pero que al progenitor sustractor no le ha favorecido en cuanto a la custodia. Así, en represalia muestra desobediencia ante la providencia judicial y en ejercicio del derecho de visita sustrae al menor y los traslada a otro Estado en el que pretende lograr cobijo judicial de sus pretensiones. Incluso dice el autor que se puede presentar esta sustracción porque ni siquiera le han reconocido el derecho de visita.

"D) Retención al ejercitar el derecho de visita con desplazamiento del menor"[531]: consiste en que el progenitor titular del derecho de visita al que le ha sido autorizado tal ejercicio en un Estado distinto de aquél donde tiene la residencia habitual el menor, al cese del término establecido para tal fin, impide el retorno del menor, lo que se configura como una retención ilícita.

Son disímiles los criterios de clasificación de la sustracción. Entonces, en función de ello, trabajaré con los casos contemplados en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores[532] (CH80) y casos no contemplados, y reitero que, la referencia será exclusiva a aquéllos que se presenten con ocasión del divorcio de un matrimonio mixto.

Así, y en virtud de la letra convencional se consideran el traslado y la retención ilícitos:

> a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
>
> b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.
>
> El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

---

[530] *Ibídem*

[531] *Ibídem*

[532] Desde ahora y hasta el final de este documento se utilizará la versión del Convenio alojada en la página web en español de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado. Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24#_ftn1>.

Hoy día se presentan casos de sustracción que no están tipificados convencionalmente y que podemos llamar atípicos por no encuadrar en los supuestos descritos convencionalmente. Por eso, no es tan fácil concluir que hay ilicitud[533] en el traslado que hace el progenitor custodio del menor a un Estado distinto de aquél donde tenía su residencia habitual y donde se ejercía el derecho de visita. En estos supuestos entran en conflicto los intereses del progenitor custodio quien tiene derecho a la libre circulación – y puede ver seriamente limitado su derecho a determinar su residencia[534]- versus el del menor y del progenitor no custodio, en cuyas esferas jurídicas se encuentra el derecho a mantener relaciones y contacto, lo que no se puede lograr debido al traslado que ha propiciado el progenitor custodio.

Tampoco hay descripción convencional para el evento de los traslados sucesivos que pueden entorpecer seriamente la determinación de la residencia habitual de cara a establecer el foro competencial. Por eso, un criterio de clasificación desde la descripción convencional puede agrupar la sustracción internacional en dos categorías: 1) los típicos (descritos convencionalmente) y 2) los atípicos.

2.2 Derechos de los menores que pueden son conculcados por la sustracción internacional de menores

El menor de edad, por naturaleza, es vulnerable, como ya se explicó; por consiguiente, el legislador en los ámbitos nacional e internacional le ha reconocido una serie de derechos que se traducen en una protección especial para poder subsanar su debilidad jurídica y garantizarle el ejercicio pleno y el disfrute de las condiciones necesarias para un desarrollo integral pero que por obra de la sustracción internacional se vulneran. Hay que advertir que los instrumentos jurídicos internacionales reconocedores, protectores y garantes de los derechos de la infancia y adolescencia integran la categoría de tratados internacionales de derechos humanos; por ello, sus normas y principios hacen parte de las normas constitucionales[535].

2.2.1 Derecho de formarse en el seno de una familia y a no ser separado de ella

El ser humano al nacer requiere de especiales y exclusivos cuidados para garantizar su

[533] ÁLVAREZ GONZÁLEZ., S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*
[534] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…", *Op. cit.*
[535] BLANCO RODRÍGUEZ, J. y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*

supervivencia; de ahí que, el legislador ha reconocido jurídicamente esa necesidad y establece que el ser humano en formación -el niño, la niña y el adolescente- requiere de un medio, de un contexto idóneo, apto, saludable, armónico, amoroso en el que le puedan prodigar tales cuidados; y para ha articulado todas esas características en un concepto: la familia. Porque "La vida de familia, es una natural prolongación del claustro materno"[536].

En consecuencia, se otorga a la familia un lugar privilegiado en la formación y educación de los menores[537]. Así, las constituciones de España[538], Colombia[539] y Venezuela[540] consagran el derecho de los niños a crecer, formarse en una familia y no ser separados de ella, claro está, con el debido resguardo permanente a su interés superior.

Los sicólogos para establecer y estudiar la biografía y el desarrollo de un ser humano analizan entre otros factores a su primera red social[541]: su familia. La dinámica familiar implica sinergia y simbiosis entre sus miembros: hoy día no se puede negar que producto de las relaciones entre padres e hijos, hermanos entre sí, abuelos y nietos, hay un influjo y aprendizaje colectivos, recíprocos: todos aprenden de todos, así la influencia que tienen no sólo los padres sino los hermanos, primos, abuelos y tíos en el menor es sin igual.

La familia también sirve para *canjear* conocimientos: los nietos pueden como moneda de cambio ofrecer tecnología y los abuelos historia, relatos y experiencia: en suma, en una relación familiar armónica todos salen ganando en diversas dimensiones: emocional, psicológica, intelectual, entre otras.

Una de las relaciones más duraderas del ser humano es la que tiene con sus familiares[542];

---

[536] ESCARDO y ANAYA, V., "Prólogo" a Los derechos del niño, p. 6, Organización de los Estados Americanos/ Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1961, pp. 5-6.
[537] MORALES LANDÁZABAL, G., "Instituciones familiares. La…, *Op. cit.*
[538] ESPAÑA. Constitución española, artículo 39: "4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.
[539] COLOMBIA. Constitución Política, artículo 44: "Son derechos fundamentales de los niños: (…) tener una familia y no ser separados de ella (…)". Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>.
[540] VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 75: "(…) Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen (…)". Disponible en: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/titulo3.php#cap5>.
[541] MORALES LANDÁZABAL, G., "La doctrina de…, *Op. cit.*
[542] *Ibidem*

como resultado de ello, el Derecho ha consagrado en distintos cuerpos normativos el derecho que tienen los niños de vivir en el marco de una familia y a los lazos amorosos que surgen entre sus miembros[543].

Desde el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se consagra este derecho:

> Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,
>
> Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión[544]

Al romper, parece que la CDN no se refiere específicamente a la familia en algún artículo, pero O´Donnell afirma que el niño deba estar inmerso en su núcleo familiar es un pilar y empeño de la Convención, por eso, se refiere a ese ideal en varios artículos.

> El artículo 7 (I) reconoce el derecho del niño "desde su nacimiento... a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos". En el mismo sentido, el artículo 8 consagra el derecho del niño a preservar las relaciones familiares como elemento de su derecho a la identidad. El artículo 8 también reconoce en forma expresa la obligación del Estado de ayudar al niño a restablecer rápidamente todos los elementos de su identidad, en caso de ser privado de ella en forma ilegal. En casos de padres separados de sus familias a raíz de medidas como la prisión o el exilio, el artículo 9 contiene una disposición semejante que obliga al Estado proporcionar al niño determinadas informaciones sobre el padre ausente[545].

Cuando un progenitor sustrae al menor del seno de la familia donde vive lo está desarraigando de su medio[546]; lo está alejando de todo lo que hasta ese momento constituía su mundo, su vida[547]; "les son arrebatados en un instante sus relaciones familiares, su entorno y, en muchos casos, su niñez y su inocencia"[548].

---

[543] BLANCO RODRÍGUEZ, J. y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*

[544] Párrafos 4 y 5 del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño. Disponible en: <www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf >.

[545] O´DONNELL, D., "La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido", Disponible en: < http://www.iin.oea.org/la_convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf >.

[546] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit.*

[547] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*

[548] GARCÍA SEGARRA, M. "Perspectiva personal de…, p. 16, *Op. cit.*

El menor se ve sometido a cambiar de institución educativa (si es que es escolarizado nuevamente) a alejarse de sus amigos, ya no puede realizar las actividades que llevaba a cabo de manera normal y rutinaria en el Estado de su residencia habitual, es decir, su vida ahora se desarrollará de manera inestable[549] e impredecible.

Además, ya lo explica Monroy Cabra[550] cuando asevera que conculcar el derecho a tener una familia, -a criarse en su seno y a no ser separado de ella-, deriva en perjuicio de otros derechos del menor que están comprendidos en aquél: derecho a la propia identidad; a la igualdad; al libre desarrollo de la personalidad y el principio de dignidad de la persona humana, todos que sumados contribuyen al adecuado desarrollo del menor.

Morales Landázabal[551] resalta que la Convención resguarda el derecho del niño a la identidad, y este derecho deriva del de vivir en el seno de una familia, pues solo el contacto e intercambio de vivencias con sus familiares le permiten *escribir su biografía;* sostiene, además, que el ser humano se diferencia de otros seres vivos, entre otras razones, por esa identidad que le da haber conocido y haberse formado en una familia.

2.2.2 Derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre

Si la convivencia del menor con ambos progenitores no es posible, por ejemplo, porque ha mediado el divorcio o el cese de la relación en caso de uniones no matrimoniales, aún en la esfera jurídica del menor subsiste el derecho a relacionarse con ambos. Así lo consagra el número 3 del artículo 9 de la CDN:

> 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Ya se ha establecido que a partir de los conflictos entre los progenitores, los hijos menores, resultan ser los primeros y más graves damnificados, por esta razón y en pro del interés superior del menor es menester que luego del divorcio tanto la custodia como el derecho de visita se organicen debidamente, para así garantizarle al menor el contacto con ambos progenitores, lo que

[549] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit.*
[550] MONROY CABRA, M., *Derecho de familia…, Op. cit.*
[551] MORALES LANDÁZABAL, G., "La doctrina de…, *Op. cit.*

equivale a decir que: "el interés superior del hijo exige dirimir los conflictos que afectan a tres (padres e hijo) en materia de guarda y visita, en favor del último"[552].

Este derecho comporta las relaciones tanto con el progenitor custodio como con el progenitor no custodio. Así, la vulneración del derecho del menor se puede presentar por *dos vías:*

1.- El traslado o retención ilícita que haga el progenitor no custodio en ejercicio del derecho de visita.

Este supuesto, como ya se señaló en apartados anteriores, es de los típicos descritos en el artículo 3 del CH80. Y al margen de los motivos, el resultado es que el menor es apartado del medio donde venía desarrollándose su vida diaria, donde ya estaba adaptado y donde se encuentra toda su red social, educativa y hasta religiosa. El hecho de que el progenitor no custodio no lo retorne significa que le está impidiendo el apoyo, la estabilidad y los beneficios que le brinda el progenitor custodio, así como el entorno.

Resulta preocupante, y a la vez censurable, cómo un progenitor puede, por medio de una vía de hecho, inobservar medidas adoptadas judicial o legalmente, y desconocer el daño que el desarraigo de su medio genera en el desarrollo integral del menor. En casos donde el menor es de muy corta edad aún no ha sido socializado; por eso, el desarraigo social puede no pesar tanto, pero sí el alejamiento de su padre o su madre o de las personas que le dispensaban cuidado[553].

2.- El traslado o retención ilícita que haga del menor el progenitor custodio en ejercicio de su derecho a la libre circulación.

En este caso también aplican las reflexiones que se hicieron en el apartado anterior, pero con un agravante, todo indica que la protección convencional que tiene el derecho de visita es menor a la que tiene la custodia. Lo que se evidencia de las consecuencias consagradas convencionalmente para cada caso: en caso de que se vulnere la custodia procede la restitución salvo contadas excepciones. Pero si lo vulnerado es el derecho de visita lo que procede es la reorganización del ejercicio del derecho en el Estado que sirve de nueva residencia del menor, todo

[552] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…", *Op. cit.*, p. 47.
[553] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

lo cual genera una asimetría en el tratamiento jurídico de ambos derechos.

Al respecto, existen disímiles posturas: por un lado Álvarez González[554] afirma que es una indeterminación o déficit del texto convencional perjudicial para el derecho de visita como complemento de la custodia en pro del interés superior del menor que dificulta su nueva organización a partir del traslado o retención; mientras Forner Delaygua[555] asegura que el objetivo convencional no es garantizar que el menor tenga cerca a ambos progenitores sino proteger el *statu quo* del menor desde el del respeto a la custodia, porque ésta marca la ubicación del menor, y, por ende, su medio[556], no así el derecho de visita; postura por demás injusta con la finalidad del derecho de visita, porque como dijo la Corte Constitucional de Colombia en sus argumentos cuando examinaba la constitucionalidad del CH80 para darle buena pro en el ordenamiento jurídico colombiano sí creo que:

> El citado tratado internacional (…) se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico, así los intereses particulares de los padres en una situación de disolución de la familia queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores[557].

Lo que incluye tanto al derecho de custodia como al de visita.

Pero al margen de establecer si hay o no un trato convencional asimétrico que pone en desventaja al titular del derecho de visita, lo cierto es que si es el titular de la custodia el que traslada al menor a un Estado distinto a aquél en el que venía habitualmente residiendo el menor, genera en éste efectos perjudiciales al impedir el cabal ejercicio de su derecho a mantener relaciones con ambos progenitores con los consecuentes perjuicios que eso ocasiona, amén de generar el desarraigo del medio en el que venía normalmente desenvolviéndose el menor.

Y si el texto convencional lo que quiere es conjurar las vías de hecho que atenten contra el *statu quo* del menor debería mesurar la libertad del titular del derecho de custodia de decidir

---

[554] ÁLVAREZ GONZÁLEZ., S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*

[555] FORNER DELAYGUA, J., El acceso de los hijos a sus progenitores el "derecho de visita", en CALVO, A. e IRIARTE, A. (Editores), Mundialización y Familia, Editorial COLEX, 2001, Madrid, 2001, pp. 23-50.

[556] *Ibidem*

[557] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-402/95 de 7 de septiembre de 1995. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-402_1995.html#1>.

unilateral e inaudita parte el traslado del menor. Pero este anhelo no deja de ser polémico porque en esa decisión confluyen derechos en conflicto: los que se encuentran en la esfera jurídica del menor de mantener su *statu quo* marcado por la integración al medio y de mantener relaciones con ambos progenitores; el del progenitor custodio de libre circulación y de decidir libremente su domicilio y el del progenitor titular del derecho de visita de mantener contacto con su hijo menor e intervenir -sobre la base de la igualdad jurídica en las relaciones familiares- en la toma de decisiones sobre el menor.

En este punto Zabalo Escudero[558] recalca que la CE reconoce: el derecho a contraer matrimonio, el derecho a fundar una familia, el derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos progenitores; por tanto, el ejercicio de estos derechos debe no sólo garantizarse sino también compatibilizarse de tal manera que no resulten excluyentes el derecho a la vida familiar y el derecho a desplazarse libre comunitariamente[559].

[558] ZABALO ESCUDERO, M., "Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea", en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 16, 2005, pp. 28-33.

[559] Este desplazamiento dentro de la Unión atiende al fenómeno de la reducción de trámites para el paso de fronteras. PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…", *Op. cit.* Tal derecho se cristalizó a propósito del Tratado de Maastrich de 1992 y se consolidó con el Tratado de Schengen.

2.2.3 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Está consagrado constitucional y legalmente en España[560], Colombia[561] y Venezuela[562], y consiste en la facultad individual de autodeterminarse, de sobre el modo de actuar o no, sin obviar la responsabilidad que comportan sus actos. En el marco de esta facultad se asienta la categoría de derechos denominada como libertades individuales -de conciencia, tránsito, reunión, asociación, religión, prensa…- que conjugados componen al sujeto en plenitud[563]. Este derecho es uno de los principios del constitucionalismo moderno humanista[564] y representa la noción más amplia que se pueda tener de la libertad.

Este derecho permite que el individuo externalice su modo de ser por medio del desarrollo libre de sus aptitudes y autonomía[565]. Pero hay que detenerse en el análisis de cómo un niño o adolescente puede ejercer plenamente su libertad y talentos. Para ello, es necesario recalcar que los menores son titulares plenos de sus derechos, pero en cuanto a su ejercicio hay que considerar su desarrollo evolutivo, así se genera una relación directa y proporcional entre la madurez

[560] ESPAÑA. CE, artículo 10: "1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Ley orgánica de protección jurídica del menor, artículo 3. "Referencia a Instrumentos Internacionales. Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional".

[561] CPC, artículo 16: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico". CIA, artículo 37: "Libertades fundamentales. Los niños, las niñas y los adolescentes gozan de las libertades consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Forman parte de estas libertades el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio".

[562] CRBV, artículo 20: "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social". La LOPNNA en su artículo 28: "Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley".

[563] DEL MORAL, A., "Derecho al libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes", en CORNIELES, C. y MORAIS, M. (Coordinadores), *Tercer año de vigencia de la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, pp. 107-144.

[564] *Ibídem*

[565] RODRÍGUEZ ARÉVALO, V., "El manual de convivencia escolar y el libre desarrollo de la personalidad. Una visión jurisprudencial", en *Justicia Juris* (Colombia), núm. 2, 2011, pp. 17-26.

alcanzada y su verdadera autonomía, y entre ésta y la capacidad de decisión que pueda tener[566].

Esa interdependencia impide hacer un análisis abstracto y general del ejercicio de este derecho por los menores; hay entonces que realizar un análisis en atención a los rangos etarios y niveles de discernimiento, lo que impone, un estudio de cada caso en particular. Pero *grosso modo* sí se puede advertir que a determinada edad el menor pudiera opinar sobre su situación geográfica; esto es, sobre el Estado de su residencia habitual.

Así, mientras el menor no cuenta con plena capacidad de discernimiento son sus progenitores quienes, en principio, deben moderar[567], que no ejercer tales derechos. Esto es, la función de los progenitores no es sustitutiva sino garantista.

Así, queda en evidencia la vulneración de este derecho (principio) porque cuando el progenitor-sustractor retiene o traslada ilícitamente al menor, lo está desconociendo en toda su dimensión humana. El sustractor-progenitor reduce al menor -con prescindencia de su edad- al estado de cosa, lo transporta de un sitio a otro sin consultarle, sin preguntarle su parecer acerca de la *mudanza* que va a sufrir, al sustractor progenitor poco le importan las consecuencias de la sustracción. Al desconocer su condición humana echa por tierra toda consideración jurídica y ni qué hablar de su interés superior. Es lo que se ha denominado la cosificación del menor[568], pues se le termina tratando como una simple mercancía[569], como un mero objeto[570], utilizándolo como instrumento de venganza[571].

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-689/12 ha establecido que la sustracción implica una

> …concepción de los hijos como una propiedad de la que se puede disponer al antojo de los padres, haciendo caso omiso de sus derechos, pero sobre todo de sus sentimientos, para luego escudarse en ellos y tratar de justificar lo injustificable, el desarraigo violento del otro progenitor, de su entorno y de su medio familiar con consecuencias funestas para la vida, puesto que logran afectar, en muchos casos, la autoestima de la menor, sus habilidades sociales, pero sobre todo su seguridad ante

[566] DEL MORAL, A., "Derecho al libre…, *Op. cit.*
[567] ROCHA ESPÍNDOLA, M., "La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad", en Actualidad *Jurídica Iberoamericana* (España), núm. 2, 2015, pp. 43-86.
[568] BLANCO RODRÍGUEZ, J. y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[569] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de menores*…, *Op. cit.*
[570] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.* p. 35.
[571] BLANCO RODRÍGUEZ, J. y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*

> la pérdida de confianza en sus propios progenitores incapaces de sobreponerse a las dificultades que permean una relación que en otro tiempo escogieron tener[572].

Por eso los padres

> …tienen la obligación de soportar y resolver, como adultos, sus propias disputas, sin inmiscuir en ellas a los niños. La utilización de los menores como medio de venganza, como trofeos u objetos de su exclusiva pertenencia, es una violación flagrante de los más elementales deberes familiares y una cruda manifestación del más radical egoísmo que, de ninguna manera, puede ser protegido por la Constitución[573].

Con la sustracción el menor a pesar de ser titular pleno de todos sus derechos, queda indefenso ante la actuación voluntariosa del progenitor-sustractor, porque queda impedido de ejercer siquiera parcialmente alguno de los derechos que le asisten por su condición.

Cuando al menor se le sustrae, se le están restando -literalmente- todas las oportunidades de desarrollo normal, de formación integral; se le niegan las opciones, se le impide opinar, elegir, todo lo cual se traduce en una negación total de la libertad que comporta el libre desarrollo de la personalidad.

Como efecto colateral de la sustracción ya se ha reseñado la clandestinidad a la que es sometido el menor en algunos casos, por tanto, queda sumido en una suerte de submundo, carente de opciones para elegir. Porque el libre desarrollo de la personalidad pasa por elecciones[574], por ensayos y errores, pero, el menor, víctima de la sustracción, está confinado a hacer, decir y *aparecer* sólo cuando así lo decida caprichosa y estratégicamente el progenitor-sustractor, todo de cara a no ser *descubiertos.*

Debe recalcarse que los progenitores son los principales garantes del libre desarrollo de la

---

[572] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-689/12 de 28 de agosto de 2012. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-689-12.htm>.

[573] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

[574] "se manifiesta singularmente en la definición consciente y responsable que cada persona puede hacer frente a sus propias opciones de vida y a su plan como ser humano, y colectivamente, en la pretensión de respeto de esas decisiones por parte de los demás miembros de la sociedad" COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-772/00 de 22 de junio de 2002. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-772-00.htm>.

personalidad, pero "no son propietarios o dueños de la conciencia de sus hijos"[575]. Lo que cabe preguntarse ante esto, es si el progenitor-sustractor honra su condición de garante del libre desarrollo de la personalidad de su menor hijo cuando, en no pocos casos, convierte al menor en *fugitivo* a partir de la sustracción. En algunos casos, en el marco del proceso judicial que debe decidir sobre el retorno, algunos Estados requirentes solicitan al Estado requerido que una vez localizado el menor y mientras su surte el procedimiento, como medida cautelar se interne al menor en un centro de acogida para evitar que el sustractor lo esconda o traslade nuevamente para hacer imposible la eventual orden de retorno[576]. En estos casos, la sustracción impone al menor un tratamiento como equivalente a aquellos niños sin familia, lo cual resulta muy doloroso y desconcertante, todo a causa del traslado o retención ilícitos.

2.2.4 Derecho a ser oído

Es conveniente resaltar que la CDN reconoce los mismos derechos a menores de edad y adultos al declarar en su preámbulo que "de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Así reconoce a los menores de edad el derecho a ser oído en el artículo 12:

> 1.Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
>
> 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

[575] ROCHA ESPÍNDOLA, M., "La persona del…, *Op. cit.,* p. 81.
[576] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de..., *Op. cit.*

Este derecho es recogido por los ordenamientos jurídicos de España[577], Colombia[578] y Venezuela[579].

La consagración legal de este derecho es el reconocimiento de que el menor de edad, con prescindencia de su edad es un sujeto de derechos, y el ser oído significa que su opinión, parecer, análisis y criterio son importantes -se toma en consideración su edad y madurez[580]- para la toma

[577] 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, artículo 9. Derecho a ser oído. "1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos". Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>.

[578] CIA, artículo 26: "Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta". Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html#26>.

[579] LOPNNA, artículo 80: "Derecho a opinar y a ser oído y oída. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés. b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional. Parágrafo Primero. Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior. Parágrafo Segundo. En los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño, niña o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. En los casos de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales o discapacidad se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión. Parágrafo Tercero. Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, niña o adolescente, éste se ejercerá por medio de su padre, madre, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño, niña o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión. Parágrafo Cuarto. La opinión del niño, niña o adolescente sólo será vinculante cuando la ley así lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales".

[580] "Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso". COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General Nº 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009. 51º período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, p. 11. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHKTUsoHNPBW0noZpSp5d6MOecQAKeVQ5zIMW6E4Msxs4Ov3WZi2aEiJFXmn2EhSht8EgbO6IqGP47JXUhcPIP4>.

de decisiones sobre su vida y futuro[581]. Lo que quiere decir que se le reconoce al menor la capacidad de forjarse opiniones, expresarlas[582] y así influir en su propia vida.

Hay que advertir que el ser oído no debe interpretarse de manera literal, porque se ha reconocido en el menor de temprana edad la capacidad de formarse una opinión aún antes de poder verbalizarla; así, han de tenerse en consideración formas no verbales de comunicación como el lenguaje corporal, juegos incluso dibujos que utiliza el menor para manifestar su parecer[583]. Por ello el criterio judicial debe valerse de expertos que pueden de manera adecuada obtener la opinión del menor.

Al respecto, Del Moral[584] enumera cuatro aspectos que deben considerarse de cara a establecer el alcance del derecho en cada caso: La madurez sicológica del niño o adolescente; la materia sobre la cual versa o debe versar la decisión del niño o adolescente; la opinión del menor (ideas, inquietudes y decisiones) y el contexto histórico-social del menor.

El Comité de los Derechos del Niño ha considerado que este derecho es uno de los cuatro principios nucleares de la CDN, por consiguiente, tiene resonancia[585] en otros derechos tales como el derecho a la no discriminación[586], derecho a vida, supervivencia y el desarrollo[587], interés superior del niño[588], derecho a la libertad de expresión, derecho a la información[589] y con la evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres[590].

Además, el derecho a ser oído no se ha circunscrito a ciertos asuntos o circunstancias, por el contrario, el menor tiene ese derecho en cualquier ámbito en el que se desenvuelva; en consecuencia, para el ejercicio pleno de este derecho no *hay terreno minado.*

Morales Landázabal afirma que en la concepción del menor como sujeto de derecho ya

[581] VARGAS PAVEZ, m. y CORREA CAMUS, p., "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", en *Revista Ius et Praxis* (Chile), núm. 1, 2011, pp. 177-204.
[582] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nº 12*…, *Op. cit*.
[583] *Ibidem*
[584] DEL MORAL, A., "Derecho al libre…, *Op. cit.*
[585] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nº 12…, Op. cit.*
[586] Artículo 13 de la CDN.
[587] Artículo 6 de la CDN.
[588] Artículo 3 de la CDN.
[589] Artículo 17 de la CDN.
[590] Artículo 5 de la CDN.

pasaron a la historia los tiempos donde se le ordenaba al menor "come y cállate" [591] por las razones ya expuestas y porque la familia como espacio socializador y formador del menor debe garantizar

> La relación de respeto mutuo entre padres e hijos;
> La participación de los niños en la adopción de decisiones;
> Las consecuencias de tener debidamente en cuenta las opiniones de cada miembro de la familia;
> La comprensión, la promoción y el respeto de la evolución de las facultades del niño;
> Los modos de tratar las opiniones en conflicto dentro de la familia[592].

Si el menor se forma en una familia que se caracterice por lo anteriormente reseñado seguramente se le estará formando para promover y hacer parte de una sociedad democrática, respetuosa de los individuos y sus opiniones a la par que se estaría erradicando el germen de la violencia familiar.

Como resultado, si el menor tiene derecho a ser oído libremente de cara a la toma de decisiones que afecten su proyecto de vida; esto es, su futuro y si ese derecho lo puede ejercer en cualquier ámbito y ante cualquier situación, el cambio de residencia habitual, no escapa del alcance de esa facultad. Así, es una obligación oírlo al respecto, en virtud de los efectos que tal cambio generaría en su rutina y redes sociales, así como las consecuencias que se puedan generar en su esfera jurídica.

Es obvio, que la retención o traslado ilícito afecta la vida presente y futura del menor, pero, en este caso, la decisión ha sido tomada por el sustractor *inaudita* parte; esto es, se ignora totalmente el parecer del menor y sus derechos. La sustracción internacional de menores a todas luces resulta ser una *mordaza* al menor, quien queda privado del derecho a ser oído y al que se le ordena: "*calla y vámonos*".

2.2.5 Derecho de participación

El derecho a ser oído se relaciona directamente con el derecho de participación de los menores y debe consistir en prácticas que superen consultas puntuales, formalistas, anecdóticas o

[591] MORALES LANDÁZABAL, G., "El derecho del niño a ser oído y su eficacia probatoria", p. 127, en MORALES LANDÁZABAL, G. y SAN JUAN, M. Familia, intervenciones protectoras y mediación familiar, Vadell Hermanos Editores, C.A. Caracas, 2005, pp. 127-156.
[592] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nº 12*…, *Op. cit.*

excepcionales; antes, por el contrario, la participación de los menores debe traducirse en la posibilidad concreta de contar con espacios para que sus opiniones y las de los adultos sean intercambiadas, discutidas y analizadas de cara a la toma de decisiones sobre su vida, incluso al diseño de políticas, programas y medidas sobre la vida y desarrollo de los menores[593].

En los ordenamientos jurídicos[594] de referencia, este derecho se traduce en la oportunidad que debe brindársele al menor de hacer parte activa del entorno social, cultural y deportivo de su medio, así que cuando el menor es desarraigado de su medio se le está privando de la oportunidad de hacer parte de esas actividades que tanto bien hacen a su desarrollo; como, por ejemplo, practicar una disciplina deportiva, asistir a los servicios religiosos, hacer teatro, ir al parque de la comunidad para disfrutar de las actividades al aire libre, de los espacios públicos y compartir con los vecinos. Pero la sustracción con su efecto pernicioso no se queda allí, sino que en la medida en que el menor es convertido en fugitivo y debe esconderse para evitar ser descubierto con su sustractor, tampoco le será permitido participar de tales actividades en el Estado de refugio; y lo que puede ser más grave aún, puede ser sometido a una vida errante, itinerante en tanto es fugitivo, lo cual a todas luces le impediría la estabilidad necesaria para conocer la comunidad a la que recién llega y mucho menos participar en sus actividades.

2.2.6 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia

El artículo 19 de la CDN consagra que:

> 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
> 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

[593] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General Nº 12*…, *Op. cit.*
[594] VENEZUELA. LOPNNA, artículo 81: "Derecho a participar. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa. El Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños, niñas y adolescentes y sus asociaciones."

Los protectores naturales de los menores son sus padres y el medio ideal de su formación y socialización la familia, pero incluso el Comité de Derechos del Niño admite que la mayoría de "los actos de violencia se producen en el ámbito familiar y que, por consiguiente, es preciso adoptar medidas de intervención y apoyo cuando los niños sean víctimas de las dificultades y penurias sufridas o generadas en las familias"[595].

Tal es el caso de la sustracción internacional de menores en la que después de la ruptura matrimonial uno de los progenitores retiene o traslada ilícitamente al menor; de modo que, como ya se ha establecido, la sustracción internacional de menores representa una manifestación de violencia familiar[596], dirigida, principalmente, contra el menor a quien se le priva de todo contacto con los familiares, amigos y entorno en el que llevaba a cabo su vida diaria. Es un acto que atiende exclusivamente a los sentimientos y propósitos del progenitor-sustractor y, desconoce así, el interés superior del menor[597] y muy pocas veces tiene una intención proteccionista[598] del sustractor hacia el menor para *rescatarlo* así de una situación de peligro actual o inminente.

Se entiende por violencia todo acto que genere daño, en este caso al menor. Y en especial el maltrato infantil[599] consiste en cualquier acción no accidental y que implique abuso (emocional, físico o sexual) o descuido (emocional o físico) de un individuo menor de 18 años. La violencia, a propósito de la sustracción internacional del menor puede reconocerse, en algunos casos, en tres fases[600]: antes, durante la sustracción y en el caso que se logre, en el retorno y los momentos subsiguientes se puede presentar violencia para el ya victimizado menor. Es imperativo reconocer que la sustracción internacional le causa al menor daños de diversa naturaleza que trascienden su integridad física y se alojan en su ánimo y psiquis, de difícil y a veces imposible superación.

Antes de la sustracción, el menor y su entorno familiar cercano pueden ser víctimas de

[595]COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general Nº 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, p. 4 Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.doc>
[596] ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de…, *Op. cit.* HERRÁNZ BALLESTEROS, M.,"La sustracción internacional…, *Op. cit.* PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…; *Op. cit.* ALONSO CARVAJAL, A. "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[597] PÉREZ, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*
[598] *Ibídem*
[599] DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", en *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (España), núm. 3, 2012, pp. 46-60.
[600] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*

violencia sicológica signada por amenazas de sustracción[601], ante esta situación es demasiada la ansiedad y angustia que sufre el menor al no poder desarrollar su vida con normalidad, porque se verá limitado y presionado a salir siempre acompañado; se mostrará vigilante, desconfiado y temeroso, por lo cual, no podrá jugar libremente ni acudir regularmente a las actividades que antes de la amenaza realizaba, todo con el propósito de evitar su sustracción[602]. Alonso Carvajal[603] asegura que tanto las amenazas previas como la sustracción misma configuran manifestaciones de violencia sicológica contra el menor. Y, en algunos casos, la sustracción comprende la física, pues entiendo que para lograr efectivamente el desarraigo del menor de su medio no bastan discursos elocuentes o peticiones verbales rogatorias.

Una vez verificada la sustracción el menor es víctima de una zozobra mayor impuesta por el progenitor-sustractor quien le impedirá salir y relacionarse para evitar ser localizados; ello hace que esa violencia, también sicológica, se extienda largamente[604] y termine por hacer mella en la estima y la seguridad del menor en sí mismo y en el entorno, amén de la confusión que permanentemente afronta por esos cambios no consultados, y dramáticos.

Y de darse el retorno del menor a su medio, puede el progenitor-sustractor lograr le sea atribuido nuevamente el derecho de visita, y el menor se verá obligado a mantener contacto con él, muy a su pesar, lo que sellará perjudicialmente los daños ocasionados[605] en ese *iter* de la sustracción y su posterior retorno. Sin duda la sustracción, aun cuando se logre el retorno del menor a su centro vital le impone una problemática perturbadora[606].

La Observación General número 13 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia explica que este derecho impone a los Estados parte la obligación de:

> …prohibir, prevenir y combatir toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación del niño, incluido el abuso sexual, mientras este se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, entre ellos los agentes

[601] *Ibídem*
[602] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[603] ALONSO CARVAJAL, A. "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[604] SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[605] *Ibídem*
[606] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

estatales[607].

La sustracción internacional de menores, en este caso, es lastimosamente perpetrada por uno de los progenitores, así que se configura una manifestación más de violencia y vulneración de los derechos del menor con esa conducta indebida.

2.2.7 Derecho al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes

La CDN en su artículo 31 establece que:

> 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
> 2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento[608].

El artículo transcrito comprende cinco grandes dimensiones: a) el juego y las actividades recreativas; b) el arte y la cultura y; c) el descanso.

a) El juego y las actividades recreativas. El juego trasciende una concepción trivial de mero entretenimiento. Para especialistas en desarrollo humano los juegos hacen parte del desarrollo desde la primera infancia hasta la adultez, pero en los primeros años de vida es de tal importancia que adquiere la categoría de derecho[609], en tanto vital para el desarrollo adecuado. La inmadurez que caracteriza la infancia es un claro obstáculo para que el menor pueda interactuar con los demás como lo hace un adulto; por ello, una manera propia de expresarse e interactuar es el juego. Por medio del juego el niño adquiere destrezas y experimenta roles que pronto le permitirán desarrollar su capacidad creativa y física, resistencia, competición, y aptitudes[610]. El juego es inherente a la infancia, negarle tal derecho al niño es negar su esencia, despojarlo de una dimensión de la infancia

---

[607] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general Nº 13*…, *Op. cit.*

[608] NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos del niño. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

[609] LINAZA IGLESIAS, J., "El juego es un derecho y una necesidad de la infancia", en *Bordón. Revista de pedagogía* (España), núm.1, 2013, pp. 103-118.

[610] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general número 17 sobre el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, 2013*. Disponible en:<www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.17_sp.doc >.

que le producirá un profundo déficit.

Así, la mejor manera de garantizar este derecho es propiciarle al menor el tiempo y los espacios para jugar, en consecuencia, es altamente probable que el menor sustraído en virtud de la clandestinidad que se le ha impuesto, se le impida desarrollar libremente esta dimensión lúdica de su desarrollo.

b) El arte y la cultura. En relación a estas dimensiones, el Comité explica que el menor tiene derecho a participar activamente en las actividades culturales de la comunidad de la que hace parte, esto es, en ritos, costumbres, danzas, artesanía, pero esta dimensión no se encuentra en la casa, sino en el entorno y contribuye a edificar la identidad. Tal derecho es consagrado igualmente por los legisladores, español, colombiano[611] y venezolano[612].

Así, el derecho del menor radica en la oportunidad de hacer parte activa de esas manifestaciones libremente[613], lo que significa que debe ser su elección, participar o no en ellas. En el caso de un niño sustraído desarraigado de su entorno no es posible que ejerza plenamente este derecho, porque ya no hace parte de esa comunidad en la que estaba participando de sus características y manifestaciones culturales y ha sido voluntariosamente insertado en otra en la que de seguro experimentará extrañeza, desconocimiento y aversión, porque la confianza para participar de actividades culturales lleva su tiempo, mostrará nostalgia y melancolía por aquella cultura que le era propia y cercana. Hay que considerar, además, que una participación impuesta no hace parte del derecho del menor sino de la voluntad unilateral del progenitor sustractor.

c) El descanso. Hay que decir que el descanso entraña otras dos dimensiones: el tiempo libre de toda obligación escolar, deportiva o de otra naturaleza y el derecho a un sueño adecuado, porque al menor debe dársele la oportunidad de tener un sueño que resulte reparador, para

---

[611] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de la infancia y la adolescencia, artículo 30: "Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes. Igualmente, tienen derecho a que se les reconozca, respete, y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan." Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html#30>.

[612] LOPNNA, artículo 81: "Derecho a participar. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar libre, activa y plenamente en la vida familiar, comunitaria, social, escolar, científica, cultural, deportiva y recreativa, así como a la incorporación progresiva a la ciudadanía activa. El Estado, las familias y la sociedad deben crear y fomentar oportunidades de participación de todos los niños, niñas y adolescentes y sus asociaciones".

[613] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 17*…, *Op. cit*.

contribuir con un estado de salud óptimo para afrontar las actividades que debe realizar. Y entre las consecuencias perjudiciales de la sustracción se ha determinado la dificultad para conciliar el sueño[614] del menor sustraído, a quien la angustia y la confusión le impiden dormir y descansar.

2.2.8 Derecho a la tutela judicial efectiva

Este derecho de rango constitucional en los tres países[615] de referencia impone a los Estados el deber de garantizar al menor, en este caso, el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales y que éstos profieran en cada caso una resolución razonada, pero está inexorablemente vinculado a la prohibición de indefensión lo que implica que al justiciable no se le puede impedir que haga uso, en el marco del proceso, de todos los medios de defensa consagrados.

Este derecho también implica que el caso del menor sea resuelto por el Juez ordinario designado legalmente, lo que implica el Juez natural. Cuando el menor es sustraído de su entorno vital, la jurisdicción es defraudada[616], es modificada por vías de hecho y con ello se pretende impedir que la causa donde está involucrado el menor sea conocida por los jueces a los que les

---

[614] COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del…, *Op. cit.*

[615] CE, artículo 24: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos" Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política, artículo 29 "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Artículo 229: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado". Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>. CRBV, artículo 26: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

[616] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho* (España), núm. 4, 2004, pp. 2-18.

correspondía de no haberse llevado a cabo la sustracción, es lo que se ha llamado *forum shopping*[617]. Y es precisamente ese el efecto que quieren evitar los textos convencionales al ordenar el retorno del menor a su Estado de residencia habitual para así restablecer el orden alterado por vías de hecho con la sustracción.

Pero el progenitor que sustrae al menor, sin duda, que vulnera este derecho a la tutela judicial efectiva al alterar, de hecho, unas circunstancias que ya estaban organizadas y atribuidas judicialmente o *ex lege* en el Estado donde reside habitualmente el menor. Con pesar, hay que reseñar, que a veces el sustractor encuentra eco en las autoridades judiciales del Estado de retorno cuando éstas interpretan errónea o extensivamente los textos convencionales, y en el peor de los casos cuando el menor es trasladado a un Estado con el que no se ha suscrito convenio internacional alguno para lograr su retorno.

2.3 Instrumentos jurídicos que regulan la sustracción internacional

La sustracción internacional ha sido descrita y catalogada de varias maneras, pero resulta ser denominador común en los autores que se trata de un fenómeno de alta complejidad[618], capaz de confrontar[619] a ordenamientos jurídicos tan estables y parecidos como los del ámbito comunitario europeo. Y es que, las soluciones a este problema en cada país son disímiles porque atienden a la concepción[620] que, de la familia y su Derecho se tenga en cada ordenamiento jurídico[621]. Todo lo que, sumado, genera marcados matices -y no pocas veces- profundas diferencias entre las soluciones consagradas. Por ello, no basta con considerar su complejidad, hay también que reconocer que su frecuencia es cada vez mayor[622], los inmensos obstáculos que se

[617] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica…, *Op. cit.* MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*
[618] FÁBREGA RUÍZ, C., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[619] CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales de…, *Op. cit.*
[620] FÁBREGA RUÍZ, C., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[621] Por ejemplo "un país musulmán activará dicha cláusula [de orden público] para negar el exequatur de una resolución judicial occidental que concede la custodia a una madre no musulmana, porque aceptar el exequatur significaría que el menor no se va a educar en la fe musulmana del padre, lo que constituye un principio fundamental del Derecho de Familia musulmán." CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.,* p. 438.
[622] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.* GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*

imponen a la devolución del menor[623], y el estamento al que más afecta: los menores de edad[624], ha convertido a la sustracción internacional en uno de los temas de mayor interés en el ámbito civil del Derecho internacional privado[625]. Porque, a pesar de que "en principio es un hecho que afecta la órbita de las relaciones privadas se traspasa y se convierte en una cuestión de orden público que podría llegar a afectar las relaciones entre los Estados"[626], amén de que los casos de sustracción internacional se incrementan cada día más, por razones económicas, políticas y sociales[627] y de que el Derecho internacional privado se ha erigido en "una herramienta ética para luchar contra fenómenos como la xenofobia e islamofobia, la misoginia y el racismo"[628]. Por ello, ese fenómeno sigue siendo una realidad patente en España[629], Colombia y Venezuela.

Todo ello ha originado una respuesta normativa nacional e internacional[630]: textos convencionales donde se articulan esfuerzos, cooperación y obligaciones ya bilaterales, ya multilaterales para luchar contra la sustracción internacional de menores[631] y así proteger el interés superior del menor.

El más eficaz medio de detener este fenómeno está representado en los instrumentos internacionales multilaterales[632] que brindan seguridad jurídica en el marco de las relaciones internacionales, hasta el punto de que una solicitud del ejercicio transfronterizo del derecho de visita se puede aprobar sin temor si se va a ejercer en un Estado con el que se ha suscrito un convenio al respecto; pareciera que el ánimo cambia y los temores de sustracción se desvanecen si se cuenta con un tratado internacional que garantice el retorno inmediato del menor en caso de traslado o retención ilícitos.

---

[623] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[624] *Ibidem*
[625] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*
[626] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1021/10 de 10 de diciembre de 2010. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-1021-10.htm>.
[627] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*
[628] ESPINOSA CALABUIG, R., "La (olvidada) perspectiva…, *Op. cit.*
[629] CALZADO LLAMAS, A., "Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español", en Cuadernos de Derecho trasnacional, vol. 13, núm. 1, pp. 97-109, 2021. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5953>.
[630] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit*.
[631] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*
[632] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

En punto de la sustracción la CDN establece en su artículo 11 que:

> 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
> 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes[633].

Han sido diversos los convenios que sobre la materia se han suscrito, pero hay que reconocer que unos con mayor éxito que otros, éxito traducido en número de adhesiones. Al respecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González[634] manifiestan, de un tiempo para acá, pareciera que estamos en presencia de una proliferación desmedida, además de contraproducente, de instrumentos jurídicos internacionales -llamada por ellos *overbooking*[635]- para hacer frente a la sustracción internacional del menor, lo que se traduce en un complejo tejido de normas que no pocas veces resulta inaplicable, contradictoria, muy a pesar de que han sido promulgados para proteger los mismos derechos[636]. Amén de perjudiciales al interés superior del menor; asimismo, expresan que lo primero que debe buscarse es la celeridad en los procesos, y las dilaciones en busca de una acertada interpretación y cabal aplicación es contraria a la teleología de los instrumentos: devolver lo más pronto posible al menor a su centro de vida[637], al Estado de su residencia habitual.

Los convenios de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores (CH80) y el Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de

---

633 NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos del niño. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

634 CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.*

635 Los autores tratan de explicar este exceso en intereses políticos para regular la materia, como si existiera un gran ánimo de figurar. Y específicamente en el caso del CL80 y del CH80 aseguran que dos organismos internacionales (el Consejo de Europa y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado "entraron en una carrera competitiva por hacer un Convenio para atajar el fenómeno. Ambos Convenios, persiguen, en el fondo, el mismo fin con distintos mecanismos (…) Por ello, hubiera sido deseable que, en vez de prevalecer intereses de protagonismo político se hubiese llegado a una coordinación entre Consejo de Europa y Conferencia de La Haya de DIPr. para afrontar el problema de manera unívoca. Por desgracia, no fue así (…)". CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.*, p. 168.

636 CELIS AGUILAR, M. "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia", en Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 13, pp. 209-249, 2020. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/issue/view/434>.

637 TELLECHEA BERGMAN, E., Restitución internacional de menores. Análisis en especial del "Convenio sobre protección internacional de menores" entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina, en INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, Derecho internacional privado de familia y minoridad. Prestación internacional de alimentos. Restitución internacional de menores. Bases para futuras convenciones interamericanas, Uruguay, 1988, pp. 34-63.

Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como al Restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (CL80) han sido de tal manera icónicos que marcaron un hito. Así, Borrás[638] sugiere dividir la *historia convencional* sobre sustracción internacional de menores en: antes de estos convenios y después de ellos.

Los instrumentos jurídicos internacionales multilaterales que han suscrito España, Colombia y Venezuela son varios. Pero, los relacionaré, no de manera cronológica, sino con la deliberada intención de dejar en último lugar de reseña al CH80 y al Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre 2003 relativo a la Competencia, el Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (R2201/2003), porque en el CH80 se centra la descripción comparativa y el análisis:

2.3.1 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 de mayo de 1980 (CL80)

El Consejo de Europa[639] aprobó[640] este Convenio multilateral[641] inspirado en el interés superior[642] del menor que permite que una decisión judicial en relación con la custodia o visita que haya sido proferida en un Estado parte pueda ser reconocida y ejecutada en aquél Estado donde el menor está siendo retenido o ha sido trasladado ilícitamente[643]. Este instrumento no trata

[638] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*

[639] "Es una organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, en particular los civiles y políticos. Se trata de la institución de este tipo más antigua de nuestro continente y engloba a la totalidad de las naciones europeas con la sola excepción de Bielorrusia. Tiene su sede en la ciudad francesa de Estrasburgo y su órgano más activo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx>. "Es el órgano estratégico que marca las grandes orientaciones política de la UE". Disponible en: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm#goto_1>.

[640] "(…) el texto había sido adoptado por el Comité de Ministros el 30 de noviembre de 1979, es decir, casi un año antes de que se reuniera la XIVª sesión de la Conferencia de La Haya." PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit.*, p. 35.

[641] Que entró en vigencia en España a partir del 1 de septiembre de 1984 de acuerdo con el 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. Disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1984-19540>.

[642] La celeridad del procedimiento que se debe seguir para el reconocimiento de la resolución y el consecuente retorno protegen la posición socio-jurídica del menor, lo que da cuenta de que el CL80 se fundamenta en el interés del menor. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…", *Op. cit.*

[643] PÍAS GARCÍA, E., "Los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bilateral con Marruecos", en DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA, *I Congreso Jurídico Internacional sobre traslado ilícito de menores*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2001, pp. 63-71.

específicamente la sustracción internacional de menores en el ámbito europeo[644] y por ende no pretende evitarla[645], antes utiliza el exequátur[646] para lograr el retorno del menor ante una sustracción internacional del mismo.

En el marco de este Convenio -conocido como Convenio de Luxemburgo[647]- el progenitor al que le han sido vulnerados sus derechos de custodia -generalmente con una retención o traslado ilícito del menor- puede mediante este Convenio lograr el rápido[648], veloz[649] y expeditivo[650] reconocimiento de tal decisión para que surta plenos efectos jurídicos en el Estado al que fue trasladado o en el que está retenido el menor, y al ser reconocida la decisión se logrará el retorno del menor al Estado de su residencia habitual.

Su artículo 2 consagra la figura de la Autoridad Central con amplias y específicas funciones como la de promover el exequátur, localizar al menor y garantizar la entrega del menor al demandante y si fuere negado el exequátur[651] a petición del demandante debe iniciar un nuevo proceso para lograr un pronunciamiento sobre el fondo -ya la custodia, ya la visita- representando a aquél[652].

No obstante, que los mecanismos convencionales del CL80 se mostraban expeditos, su aplicación, desde el inicio de su vigencia, fue sensiblemente baja; entre otras razones, porque exigía la existencia de una decisión judicial previa[653] a la sustracción y si era posterior a la sustracción que catalogara tal retención o traslado como ilícito su reconocimiento vía *exequátur* se debía lograr antes de pretender el retorno del menor[654]. Exigencia que mermaba la utilidad del

[644] ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[645] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit*.
[646] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[647] PÍAS GARCÍA, E., "Los Convenios de…, *Op. cit.*
[648] BORRÁS, A. "El `interés del…, *Op. cit.* ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…, *Op. cit.* PÍAS, E., "Los Convenios de…, *Op. cit.* CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales de…, *Op. cit.* GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit*.
[649]CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.*
[650] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*
[651] Las causas de denegación están tasadas en los artículos 9 y 10 del CL80.
[652]CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.*

[653] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.* PASCUAL, A., Aplicación en España de los Convenios de La Haya, de 25 de octubre de 1980 y Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, con especial referencia a la autoridad central española, en *Infancia y Sociedad* (España), núm. 33, 1995, pp. 170-182.
[654] PÍAS GARCÍA, E., "Los Convenios de…, *Op. cit.*

instrumento cuando la custodia o el derecho de visita se ejercen de hecho o *ex lege*[655]. Otra circunstancia que le *jugaba en contra* a su aplicación era el bajo número de Estados parte[656] en comparación con otros instrumentos internacionales como el CH80. Y a lo que había que sumarle su carácter semicerrado[657].

Por otro lado, tenía una grave limitación y es que no permitía dar eficacia inmediata a la sentencia extranjera sino lograr su reconocimiento –para lo que debía utilizarse el trámite más simple- una vez verificada la sustracción del menor lo que permitía que se profirieran sentencias incompatibles[658] y a partir de allí se negara el reconocimiento[659] de la sentencia que representaba para el progenitor la esperanza de retorno del menor. Ante todo esos escollos, se prefería el CH80 por su flexibilidad y rapidez[660] por medio de la acción directa que contempla y es que el exequátur no deja de ser un procedimiento dispendioso y costoso[661]; además, consagra numerosos motivos de rechazo del reconocimiento de las decisiones de custodia y retorno[662], en suma, su escasa eficacia práctica[663] hizo del CL80 el "hermano pobre"[664] del CH80.

Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (1347/2000) el CL80 entró en franco desuso[665], porque el artículo 14.1 ordenaba que "(…)1. Las resoluciones dictadas

---

[655] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.*
[656] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Globalización, secuestro internacional…, *Op. cit.* PÍAS GARCÍA, E., "Los Convenios de…, *Op. cit.*
[657] De acuerdo con su artículo 3 "(…) el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a adherirse al presente Convenio a cualquier Estado que no sea miembro del Consejo, mediante un acuerdo adoptado por la mayoría prevista en el artículo 20 del Estatuto, y por unanimidad de los representantes de los Estados contratantes con derecho a formar parte de dicho Comité". En contraposición con convenios abiertos en materia de sustracción como el Convenio de La Haya de 1980; la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989 y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, suscrita en México el 18 de marzo de 1994. Los dos últimos permiten adhesiones de países que no hagan parte de la Organización de Estados Americanos. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit.*
[658] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*
[659] BORRÁS, A. "El `interés del…, *Op. cit.*
[660] PÍAS GARCÍA, E., "Los Convenios de…, *Op. cit.*
[661] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[662] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.*
[663] MIRALLES SANGRO, P. "Algunos inconvenientes jurídico - políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales contra el `secuestro´ internacional de menores", Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, 2002, p. 14. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Pedro_Pablo_Miralles_Sangro.pdf>.
[664] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…, *Op. cit,* p. 47.
[665] CHAMORRO ALONSO, N. "Aspectos sociales de…", *Op. cit.*

en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (…)", así ya no se requería del tan expedito exequátur ofrecido por el CL80.

Pero este Convenio recibió la *estocada final* del 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 que entró en vigor en 2005, porque en atención a su artículo 60[666] entre países de la UE no aplica el CL80 sino el R2201/2003[667].

2.3.2 Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989 (CI89)

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) la Cuarta Conferencia Interamericana especializada sobre Derecho Internacional logró la aprobación de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989 en Montevideo.

Esta Convención es el *eco americano* del CL80 y del CH80 con una innegable similitud al CH80. Para Borrás[668] representa un esfuerzo duplicado y hubiese sido preferible lograr masivas ratificaciones al CH80 que esforzarse por lograr la aceptación y adhesión a la CI89; por tanto, no recomienda que España haga parte de ese instrumento, antes sugiere que se *encuentre* con los países americanos en el CH80, no así Miralles Sangro[669] quien ve con *buenos ojos* a la CI89 y antes de considerarla un facsímil del CH80 reconoce en ambos un armoniosa identidad que logra un panorama pleno y *sintonizado* en un mismo propósito: el retorno del menor al Estado de su residencia habitual, con lo cual sugería a España se adhiriese para dar muestra de su plena disposición y lucha *sin cuartel* contra la sustracción internacional de menores, porque se trata de

[666] Artículo 60: "Relación con determinados convenios multilaterales. En las relaciones entre los Estados miembros, primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes (…) d) Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188>.

[667] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sustracción internacional de menores: una visión general", en GAMARRA CHOPO, Y. (Coordinador), El discurso civilizador en Derecho internacional. Cinco estudios y tres comentarios, Institución Fernando el Católico (CSIC), Zaragoza, 2011, pp. 115-155.

[668] BORRÁS, A. "El `interés del.., *Op. cit.*

[669] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*

un esfuerzo más en aras de la protección internacional de los menores[670].

En el marco de la CI89 se precisan pautas de competencia[671] y básicamente se contempla lo ya consagrado en el CH80 desde los objetivos convencionales hasta el respeto por los derechos de guarda y custodia debidamente organizados y atribuidos en un Estado parte pasando por la minoría cualificada de 16 años. Al igual que el CH80 la CI89 trata sólo de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

El Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes[672] (IIN) es el encargado de coordinar las acciones y esfuerzos de las AACC en el espacio interamericano[673]. En cuanto a Colombia[674] y Venezuela[675] por ser parte de la OEA el artículo 42 de la CI89 impone que en casos de sustracción internacional donde estén involucrados países que hagan parte igualmente del CH80 debe aplicarse con preeminencia la CI89, pero, a pesar de tal mandato, la realidad está marcada por la aplicación preferente del CH80[676] que no de la CI89[677].

---

[670] *Ibídem*

[671]CALVENTO, U., "Los derechos del niño en el marco de la Organización de los Estados Americanos", en *Menores. Derechos de la infancia*, núm. 17 y18, 1989, pp. 43.58.

[672] "Organismo Especializado de la OEA en materia de niñez y adolescencia. Como tal, asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región. En este marco, el IIN destina especial atención a los requerimientos de los Estados Miembros del Sistema Interamericano y a las particularidades de los grupos regionales.". Disponible en: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml>.

[673] CALVENTO, U., "Los derechos del…", *Op. cit.*

[674] Colombia por medio de la Ley 620 de 2000 había incorporado a su ordenamiento jurídico la CI89 pero en Sentencia C-951/01 la Corte Constitucional declaró inexequible (inconstitucional) tal ley, expulsando así del ordenamiento jurídico la referida ley, lo que equivalía a que Colombia aún no había ratificado la CI89. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-951_2001.html>. No fue sino hasta el 21 de enero de 2004 que promulgó la Ley 880 de 2004 por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0880_2004.htm>.

[675] En Venezuela la CI89 se incorporó al ordenamiento jurídico por medio de la Ley aprobatoria del 28 de mayo de 1996, publicada en Gaceta Oficial número 5070 de la misma fecha.

[677] TELLECHEA BERGMAN, E., "La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento", Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN, Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres, Montevideo, 2002, pp. 73-90. Disponible en: <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/reunion_expertos.pdf>.

2.4 Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores

2.4.1 Generalidades

En octubre de 1976:

> *in the light of the Permanent Bureau´s note on legal kidnapping and the Swiss draft produced at the Council of Europe, the Hague Conference took the decision to include `legal kidnapping´ on its agenda for future work*"[678]. Así "*In November, 1979, a Special Commission of the Hague Conference on Private International Law completed a premilimary draft of a Convention to curb international child snatching*[679].

La CHDIPr se avocó a la solución de las sustracciones internacionales de menores para dar una respuesta convencional distinta a las ya consagradas[680] en otros instrumentos jurídicos internacionales; así en el marco de su Décimo cuarta sesión estudió, de cara a la elaboración de sendas convenciones, varios temas entre los que se encontraba la sustracción y al final de la sesión referida se obtuvo un proyecto de Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores[681].

Esta Convención cuenta con el mayor número[682] de Estados parte que pueda tener un

---

[678] A la luz de las notas de la Oficina Permanente sobre secuestro legal y la propuesta suiza producida en el Consejo de Europa la Conferencia de La Haya tomó la decisión de incluir "secuestro legal" en su agenda para un futuro trabajo. DYER, A., "International child abduction by parent", p. 245, en *Recueil* de La Haya, Volume 168 (1980), pp. 231-267.

[679] En noviembre de 1979 una Comisión Especial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado completó un proyecto preliminar de una Convención para frenar el secuestro internacional de menores. 99. BODENHEMER, B., "The Hague Draft Convention on International Child Abduction", p. 99, *Family Law Quaterly*, núm. 2, 1980, pp. 99-120.

[680] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit*.

[681] Signada con el número XXVIII en "la compilación oficial de las Convenciones de la Conferencia". TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J., *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Evolución histórica y convenciones adoptadas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 32.

[682] De acuerdo con la información de la página web de la CHDIPr para el 9 de abril de 2014 eran ya 93 Estados los que han ratificado el Convenio entre los que se cuentan Estados miembros y Estados no miembros de la Conferencia, lo que ratifica el carácter abierto del Convenio. Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24>. En cuanto al carácter abierto o no del Convenio hay que aclarar que es abierto en cuanto no impide que Estados no miembros de la CHDIPr puedan hacer parte del texto convencional "(…) estamos ante un convenio semi-cerrado al que, en principio, cualquier Estado puede adherirse, aunque su adhesión sólo producirá efectos en las relaciones con los Estados que declaren que la aceptan (art. 38 del Convenio)". Esta cláusula tiene sentido porque "En efecto, el funcionamiento eficaz de un Convenio de CIA, es puesto en peligro si se admite que, una vez entrado en vigor entre los Estados originarios, cualquier Estado, sin más, se adhiera al mismo, pues se corre el riesgo que no se encuentre suficientemente preparado a escala organizativa y/o legislativa para cumplir sus obligaciones convencionales. De ahí que la forma de asegurar que este clima de confianza mutua continúe siendo la base del eficaz funcionamiento convencional sea controlar que efectivamente los Estados que desean llegar a ser parte se encuentran preparados a todos los niveles. Este control se

instrumento jurídico internacional en la materia lo que le ha merecido la denominación de Convenio "estrella"[683] y, por consiguiente, ha sido el más exitoso de la CHDIPr[684], amén de considerarse el mecanismo más efectivo[685], idóneo[686] e importante[687] en la lucha contra la sustracción internacional de menores, es el instrumento de cooperación internacional más eficaz en el tema[688]; en consecuencia, el que más relevancia jurídica y práctica internacional tiene en materia de protección de menores[689], pues cada año son más los Estados que se adhieren[690] y contiene "un sistema de trabajo realmente sólido"[691] para tratar las sustracciones internacionales. Su virtualidad radica en la disminución hasta la erradicación de obstáculos materiales como las comisiones rogatorias, las legalizaciones, el pago anticipado de gastos, siendo todo sustituido por organismos estatales técnicos y confiables capacitados en cooperación internacional[692].

Uno de los principios informadores del CH80 es el interés superior del menor a la luz del cual se deben tomar todas las decisiones relativas a la custodia[693] -y consecuencialmente el derecho de visita- principio que se concreta -en este caso de internacionalización forzada de su estatus- con la restitución inmediata[694] del menor reclamado al Estado de su residencia habitual para conjurar

realiza básicamente mediante las cláusulas de adhesión incorporadas en los respectivos Convenios.". PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La…, *Op. cit.,* p. 722. Con lo cual podemos concluir que es abierto para los Estados miembros de la CHDIPr pero semicerrado para los demás Estados no miembros quienes pueden adherirse pero para que surta efecto respecto de los Estados parte, éstos deben uno a uno aprobarlo así. GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.* Gómez Bengoechea asegura que es semi abierto porque cualquier Estado, sin ser parte de la Conferencia puede adherir, y su adhesión surtirá efecto sólo respecto de los Estados parte que la hayan aceptado, todo en pro de la confianza mutua necesaria para su aplicación eficaz. GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*

[683] "Si tenemos en cuenta tanto el número de Estados que se han obligado (…), cuanto la práctica que ha generado" ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…, p. 44, *Op. cit.*

[684] BORRÁS, A. y PÉREZ, E., "La Comisión Especial sobre asuntos generales y política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (mayo 2000)", en *Revista de Española Derecho Internacional*, núm. 1, 2000, pp. 269-272.

[685] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…, *Op. cit.*

[686] HERRANZ BALLESTEROS, M., "Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales", en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2000, pp. 1540-1544. (p. 1541)

[687] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*

[688] *Ibidem*

[689] ESPINOSA CALABUIG, R., Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007, p. 294.

[690] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

[691] LOWE, N., *Informe del Foro*…, *Op. cit,* p. 6.

[692] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 40

[693] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

[694] Porque el transcurso del tiempo entre la sustracción y retorno generalmente conviene a intereses ajenos a los del menor. "Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Estepona del 18 de noviembre de 1992. Jueza: Excma. Sra. Dña. Nieves Marina Marina", Jurisprudencia Española y Comunitaria de Derecho Internacional Privado, en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1994, pp. 338-339

que las relaciones paternofiliales terminen siendo utilitarias a propósito de la crisis matrimonial[695], lo que garantiza al menor su devolución al entorno donde se venía desarrollando educativa, espiritual y socialmente.

2.4.2 Propósito convencional

El CH80 básicamente pretende:

1- Lograr de manera interdictal[696] e inmediata el retorno del menor al Estado en el que tenía su residencia habitual antes de que se verificara la sustracción[697], este retorno debe tenerse por "regla básica"[698] y general[699], como principio preferente de restitución[700], porque lo que quiere ante todo -que no a costa de todo- el CH80 es que sin entrar a hacer consideraciones sobre el fondo[701], esto es, sobre la custodia[702], se devuelva al menor a su residencia habitual, al centro de vida que tenía antes de la sustracción; se retorne a su *statu quo*[703], porque se presume que el traslado o retención hechos así atentan contra sus intereses superiores[704]; así entonces, lo que debe evaluarse es si procede o no la restitución, por medio de lo que se conoce como acción directa de retorno[705]. Por esta razón, si se llegase a fallar sobre la custodia, en el Estado al que fue trasladado el menor, y mientras el menor aún esté sustraído; esto es, sin haberse resuelto sobre su retorno o no, esa decisión estaría viciada por la falta total de jurisdicción y; por tanto, sería nula de pleno derecho[706]. Lo que sí se puede admitir y se esperaría hacer durante el brevísimo plazo convencional de 6 semanas para decidir sobre el retorno es una serie de medidas provisionales para asegurar la mayor estabilidad al menor, que se encuentra mientras tanto en una nueva (impuesta) realidad[707].

---

695 "Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Estepona del 18 de noviembre de 1992…", *Op. cit.*
696 PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit*. BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M., "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil", en *Revista Jurídica de Catalunya* (Barcelona), núm. 3, 2010, pp. 169-196.
697 ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita…, Op. cit*.
698 CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit,* p. 422.
699 GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
700 ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit*.
701 MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit*.
702 FÁBREGA RUÍZ, C., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
703 GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*
704 ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de los derechos… (I)", *Op. cit.*
705 CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores, *Op. cit.*
706 FÁBREGA RUÍZ, C., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
707 CALZADO LLAMAS, A., "Las medidas provisionales…, *Op. Cit.*

Una de las grandes bondades convencionales es que el CH80 no exige el control profundo cómo le fue atribuida la custodia al solicitante, sino que se centra en el restablecimiento de la situación arbitraria y unilateralmente alterada[708].

En la medida en que se tenga clara la intención convencional este retorno será la regla y el no retorno la excepción, amén de que las causas de denegación del retorno contempladas convencionalmente deben ser interpretadas de manera restrictiva, pues otra interpretación de ellas desnaturalizaría el propósito convencional.

Al decir de Álvarez González[709], parece que esa finalidad convencional es la aplicación extensiva de la máxima *solve et repete* y en este caso el mensaje claro es para el sustractor progenitor al que parece decirle el CH80: "devuelva al menor a su *status quo* y sólo así se podrán resolver las dimensiones de fondo sobre la custodia", lo que conjura, entonces, una alteración forzada y voluntariosa del foro que resulte en "vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor"[710]. Así, y con el debido resguardo de las excepciones convencionalmente tasadas, no son competentes los Tribunales de la nueva ubicación del menor[711], lo que redunda en el fortalecimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado donde el menor tiene su centro de vida, y, por ende, de las decisiones que en materia de custodia y derecho de visita ya habían proferido[712]. La llamada por Jiménez Blanco "…regla de la inalterabilidad de las normas de competencia judicial por el hecho de la sustracción internacional: los criterios de competencia que eran operativos antes del traslado ilícito deben seguir siéndolo a pesar de que éste se haya producido[713].

Sobre a dónde se debe retornar el menor, todo apunta a que debe retornarse al Estado de su residencia habitual, pero el CH80 no lo exige así; de manera que, el retorno puede adoptar ciertos

[708] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 42.
[709] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Desplazamiento internacional de…, *Op. cit*.
[710] PÉREZ VERA, E., *Informe explicativo del*…, *Op. cit.,* p. 3.
[711] MOURA, R., "La protección de los menores en el ámbito internacional. Las nuevas formas convencionales de La Haya aplicables a la protección de los menores en supuestos de conexión múltiple", en CALVO, A. e IRIARTE, A (Editores), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, COLEX, 2000, pp. 67-84
[712] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[713] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.,* p. 12.

matices: primero la orden convencional es el retorno del menor a un Estado que no a una persona[714], así puede ser que el menor sea devuelto al Estado de su residencia habitual junto con el sustractor, pero de incógnito para evitar cualquier contacto con el otro progenitor[715]; también el menor puede ser retornado, incluso, a un Estado distinto de aquél donde tenía su residencia habitual y es a donde ahora se encuentra el entorno familiar que le rodeaba antes de la abrupta separación que significó la sustracción[716], porque el CH80 pretende el reintegro del menor a su entorno habitual, el que viene marcado por personas, por familiares que no por coordenadas geográficas.

2.- Lograr el respeto internacional de los derechos de custodia y visita debidamente regulados y atribuidos en el Estado que le sirve de residencia habitual del menor[717]. En este punto se espera que los Estados parte del CH80 se reconozcan protagonistas de una comunidad jurídica[718] y que en su marco la competencia para pronunciarse sobre la custodia la tienen las autoridades mejor situadas en relación con el menor: las de su residencia habitual, porque pueden obtener más fácilmente todas las pruebas necesarias para establecer el entorno y realidad del menor antes de que se produjera la sustracción así como la idoneidad de los progenitores[719]; por eso, las autoridades del Estado refugio tienen vedada[720] la competencia para conocer del fondo del asunto mientras no se haya resuelto el retorno o no del menor, todo en atención al derecho que tiene el menor de relacionarse con ambos progenitores[721], del principio preferente de restitución[722] y el espíritu de confianza mutua[723] sobre el que se ha erigido el texto convencional. Lo que consiste en preservar los derechos de custodia atribuidos en un Estado parte "sin cuestionar su contenido"[724] lo que supone que las autoridades judiciales tienen una limitadísima posibilidad de

[714] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.* GILLEN, J., "El Convenio de La Haya y la violencia doméstica -¿amigos o enemigos?- un punto de vista desde el *common law* respecto de las interpretaciones del artículo 13 (I) B) del Convenio de La Haya en el contexto de la violencia doméstica", CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Boletín de los Jueces*, 2006, pp. 19-22.
[715] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[716] PÉREZ VERA, E., *Informe explicativo del*…, *Op. cit.*, p. 32.
[717] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*… *Op. cit.* MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.* GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[718] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[719] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit.*
[720] ALONSO CARVAJAL, A. "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[721] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[722] ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit*.
[723] PÉREZ VERA, E., *Informe explicativo del*…, *Op. cit*.
[724] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*, p. 13.

conocimiento[725].

Incluso, en punto de la custodia ejercida sin que medie providencia judicial el CH80 se muestra como el único instrumento aplicable[726] en virtud de la redacción de la parte *in fine* del artículo 3 CH80 en el que prevé la posibilidad de una custodia ejercida en atención "de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado."

En este punto y a diferencia del CL80 que se fundamenta básicamente en el principio de seguridad jurídica y, por esta razón, en un ámbito exclusivamente jurídico, el CH80 se muestra fáctico[727] sin entrar a examinar las resoluciones judiciales que pudieran existir sobre la custodia o visita[728]. Esto lo explica Pérez Vera, quien además señala que ese carácter fue deliberado para evitar "duplicaciones estériles"[729] con el CL80 y así conjurar que alguno desplazara al otro.

Pérez Vera explica que la CIDIPr en los trabajos preparatorios de la CH80 reconoció que a los progenitores sustractores se les debería impedir lograr un pronunciamiento judicial en el foro creado por ellos, porque así se podría efectivamente evitar que de manera unilateral, arbitraria e irregular pudiera modificar "los datos jurídicos de la situación"[730]. De manera que, es un propósito convencional mantener la competencia de los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual del menor[731].

Así las cosas, en una decisión judicial sobre el retorno no puede pronunciarse la autoridad judicial del Estado requerido sobre la custodia, porque lo que pretende el CH80 es la restitución del menor y no que la autoridad a la que le corresponda tal decisión se pronuncie, ni siquiera provisionalmente, sobre el fondo[732].

Si la decisión es retornar al menor al Estado donde tenía su residencia habitual antes de la

[725] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*.
[726] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*
[727] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Legislación de Derecho Internacional Privado. Comentada y con Jurisprudencia*, Editorial COLEX, Madrid, 2002, p. 729.
[728] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[729] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit*, p. 36.
[730] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit, p. 38.*
[731] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[732] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*

sustracción, la competencia para pronunciarse sobre el fondo la preservan las autoridades judiciales de ese país, pues sólo así se puede evitar la alteración por vías de hechos de la competencia judicial que pretendía el sustractor[733].

Ahora bien, si se deniega el retorno del menor la competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto la tienen las autoridades judiciales del Estado de refugio[734] que se entiende ahora, por virtud de la denegación, el Estado de residencia habitual del menor lo cual lo hace competente a tal efecto. Por esta razón, Jiménez Blanco reconoce la tentación que puede significar para las autoridades judiciales denegar el retorno porque así pudieran entrar a conocer del fondo del asunto *so pretexto* del foro más conveniente[735].

La competencia para pronunciarse sobre la custodia también la tendrán las autoridades judiciales del Estado requerido cuando, en virtud de lo establecido en el artículo 16 del CH80, haya transcurrido un plazo prudencial desde que se verificó la sustracción sin que se haya interpuesto solicitud de retorno alguna; por tanto, si ha pasado un año desde que se verificó la sustracción y no se han activado los mecanismos convencionales para lograr su retorno se entiende que la competencia para pronunciarse sobre el fondo asiste a las autoridades del Estado de refugio, no porque el año lo establezca expresamente el artículo 26, sino que ayuda a establecerlo la previsión del artículo 12[736], y tampoco porque se trate de un plazo de caducidad, pues de solicitarse el retorno del menor por vía del CH80 a pesar de haber transcurrido el año desde su sustracción, todo proceso sobre el fondo deberá suspenderse hasta que se resuelva ordenar el retorno o denegarlo, en virtud de que el CH80 permite que las autoridades competentes ordenen el retorno en cualquier momento[737].

Pero, si no se solicita su retorno y ya ha transcurrido el año, desde la sustracción, el interés superior del menor y la necesidad de seguridad jurídica imponen que se resuelva su situación

[733] *Ibidem*
[734] *Ibídem*
[735] "la única manera de poder romper la correlación entre las decisiones sobre la restitución y la búsqueda de un foro de competencia `conveniente´ vendría dada por la necesidad de establecer, junto con el procedimiento de restitución, sino de que se haya producido o no una situación de sustracción. Lógicamente, tal aspecto no ha podido ser tenido en cuenta en el CH 1980, al quedar fuera de su ámbito de aplicación la competencia judicial (tanto en lo que se refiere a normas de competencia judicial internacional positivas como negativas)". JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*, p.18.
[736] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit*.
[737] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de… Op. cit.*

jurídica, aún si esto implica, considerar el fondo. Sin embargo, la interpretación del artículo 16 no ha sido pacífica y antes más bien ha dado lugar a serios inconvenientes como el caso decisiones contradictorias entre sí; por consiguiente, la labor de las autoridades centrales (AACC) resulta vital en tanto deben informar a las autoridades judiciales las de solitudes de retorno pendientes de ser resueltas, lo que les impide pronunciarse sobre el fondo[738].

En virtud del artículo 19[739] del CH80, la decisión sobre el retorno en nada prejuzgará la decisión sobre la custodia del menor ni viceversa[740], pero muchas veces no es viable delinear un límite claro entre ambos temas[741] lo que no autoriza al Juez a decidir basándose en elementos, circunstancias relacionadas directamente con la custodia, de este aspecto se ahondará en el apartado correspondiente a las excepciones convencionales al retorno.

3.- Otro objetivo, pero mediato[742] del CH80 es el de prevenir[743], en tanto, disuade[744] al potencial sustractor de su intención de sustraer o retener al darse cuenta de que el traslado o retención ilícita del menor en un Estado parte del CH80 le impide obtener una resolución judicial que legitime su acción y le atribuya la custodia, porque este asunto no se podrá ventilar antes de decidir el retorno del menor. Así, se evita la autotutela[745] que pretende el progenitor sustractor.

El Convenio refuerza de tal manera la idea del respeto por la legalidad internacional y por las decisiones adoptadas por otro Estado al que se está vinculado convencionalmente[746] que no contempla cláusula alguna de orden público, sino una reserva, por razón de derechos y libertades fundamentales, consagrada en el artículo 20.

El CH80 descrito así resulta muy peculiar, porque no trata de consecuencias penales de la sustracción; no trata del *exequátur* de decisiones para proteger al menor; no regula la competencia

---

[738] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de… Op. cit.*
[739] Artículo 19: "Una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia".
[740] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…*, *Op. cit.*
[741] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*
[742] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*
[743] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas. En virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tercera parte – Medidas de prevención. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/abdguideiii_s.pdf>.
[744] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[745] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita…*, *Op. cit.*
[746] PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit.* ÁLVAREZ, S., "Desplazamiento internacional de…, *Op. cit.*

judicial internacional[747]; no regula la custodia ni la visita, sino que impone la adopción de medidas de urgencia[748] que permitan el rápido retorno del menor sin entrar a reparar en ningún elemento que puede distraer y dilatar la consecución del propósito convencional, y en el mejor de los casos esas medidas podrán evitar la sustracción[749] en tanto garanticen el cumplimiento de las decisiones existentes en materia de custodia y derecho de visita.

Al respecto, González Vicente[750] reconoce que en la medida en que la adopción de medidas sea expedita se podrán minimizar las perturbaciones, desorientaciones y perjuicios al menor sustraído, y evitar así que el progenitor-sustractor logre dividendos por el transcurso del tiempo; por ejemplo, para que se consolide una de las excepciones convencionales al retorno.

Echezarreta Ferrer[751], Pérez Vera[752] y Goicoechea[753] reconocen en el CH80 un doble propósito: uno preventivo y otro paliativo o reactivo. En el primer caso, se sugiere que la fuerza convencional sea ejercida con el firme propósito de impedir la sustracción haciendo respetar el derecho de visita, porque así se estaría conjurando una – por no decir mayoritaria- de las causas de sustracción[754]. Y en el ámbito reactivo el CH80 se activará de cara a localización del menor y su rápido retorno para evitar que se consolide y blinde jurídicamente una situación alterada inaudita, fáctica y unilateralmente[755]. Otros, como Álvarez González[756] y Montón García[757] consideran que se deben aunar esfuerzos de cara a la prevención porque el CH80 es exclusivamente reactivo y centra todos sus esfuerzos en lograr la rápida restitución del menor a su medio, si llega a proceder convencionalmente tal retorno, pero en nada previene la sustracción.

A pesar de los esfuerzos que convencionalmente se pueden articular el número de sustracciones internacionales lejos de decrecer aumenta, creo que eso da cuenta de que el CH80 es

---

[747] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita…, Op. cit.*
[748] PÉREZ VERA, E., "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.", Centenario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1993, pp. 101 – 114. BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*
[749] BORRÁS, A. "El `interés del…, *Op. cit.* PÉREZ VERA, E., "El menor en…, *Op. cit.*
[750] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[751] ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción…, *Op. cit.*
[752] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.* PÉREZ VERA, E., "El menor en…, *Op. cit.*
[753] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit.*
[754] "un (sic) correcta y adecuada articulación de un derecho de visita efectivo es el mejor ungüento contra el desplazamiento ilícito." ÁLVAREZ GONZÁLEZ., S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*, p. 269.
[755] PÉREZ VERA, E., "El menor en…, *Op. cit.*
[756] ÁLVAREZ GONZÁLEZ., S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*
[757] MONTÓN GARCÍA, M., "La sustracción de..., *Op. cit.*

un instrumento jurídico internacional que ayuda a luchar contra la sustracción verificada, pero poco ayuda a conjurar su génesis.

2.4.3 Es un Convenio *self-executing*[758]

El CH80 cuenta con normas que fueron concebidas y redactadas para aplicarse directamente; en consecuencia, los términos precisos y neutrales en los cuales se presentan facilitan a las autoridades administrativas y judiciales su aplicación sin necesidad de que sean incorporadas en forma de ley al ordenamiento jurídico interno[759]; así el CH80 no impone a los Estados parte la obligación de crear procedimientos *ad hoc* para lograr una cabal aplicación de la letra convencional; antes lo que se espera es que cada Estado, en cumplimiento de las obligaciones convencionales, utilice el procedimiento más breve que esté contemplado en su ordenamiento jurídico[760]; ello debe interpretarse que a falta de un procedimiento específico todas las actuaciones relacionadas con la letra convencional deben tramitarse de manera preferente[761].

Sin embargo, es innegable la conveniencia que significa adaptar internamente las reglas procesales internas al texto convencional, así lo certifica la positiva experiencia de varios Estados[762]; así también lo ratifican las imprecisiones y dilaciones procesales que se presentan en los Estados que no cuentan con una norma procesal que se adecúe al carácter *sui generis* de la acción directa de retorno y en los que se utilizan analógicamente procesos diseñados para atribuir la guarda o para la adopción de medidas cautelares, lo que impide la rápida resolución de las solicitudes de retorno[763]; tal dilación beneficia al sustractor y *abona el terreno* para la alienación parental[764].

---

[758] BORRÁS, A. "El `interés del…, *Op. cit.* BORRÁS, A., "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Tercera reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 al 21 de marzo de 1997)", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 1997, pp. 348 – 350.
[759] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Segunda Parte – Medidas de Aplicación, p. 19. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/abdguide2_s.pdf>.
[760] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[761] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit*.
[762] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor…, Op. cit*.
[763] GOICECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit.*
[764] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.*, p. 132.

Al respecto, Pérez Vera[765] y García Cano[766] sobre la base de la experiencia española reconocen que es conveniente que los Estados parte diseñen e incorporen procedimientos acordes con la letra convencional, en especial correlativos a los artículos 22 al 30, pues sólo así, en su sentir, se podrá honrar cabalmente el carácter expedito, antiformalista y de cooperación del CH80; además de que una ley especial podrá ayudar a los jueces que no tienen experiencia en estos casos[767].

Asimismo, la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Segunda Parte – Medidas de Aplicación (GBPCH80IIP) como las Conclusiones y recomendaciones del V Encuentro de Autoridades Centrales y puntos de contacto de IberRed sobre sustracción de menores sugieren que en cada Estado parte al margen de que constitucionalmente un Estado permita que el CH80 se aplique directamente, son supremamente convenientes las normas procesales internas[768] que propendan a la mejor interpretación y cauce convencional, como por ejemplo: normas que clarifiquen la competencia de los Tribunales, los procedimientos que se deben surtir, la previsión de la asistencia jurídica y judicial, así como el detalle sobre los recursos que proceden y la ejecución de las resoluciones[769].

Pero si algún Estado llegare a incorporar a su legislación vigente procedimientos *ad hoc*, no debería contentarse y conformarse con ello, antes debe poner a la disposición convencional toda índole de recursos[770]: pagos de viajes[771], líneas de ayuda 24 horas, oficinas asesoras, entre otros

---

[765] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit*.
[766] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor…, Op. cit*.
[767] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*. 268-269
[768] "(…) de conformidad con lo que ya se concluyera en el IV Encuentro de Autoridades Centrales, se considera necesario volver a recalcar la conveniencia de desarrollar normas procesales nacionales que permitan resolver las solicitudes de restitución en el tiempo y forma más adecuados en aplicación de lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1980 (…).". RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL. Conclusiones y recomendaciones del V Encuentro de Autoridades Centrales y puntos de contacto de IberRed sobre sustracción de menores, (Snp). Disponible en: <https://www.iberred.org/sites/default/files/sustraccion_de_menores_cartagena_indias_julio_2010.pdf>.
[769] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas …Segunda Parte…, *Op. cit.*
[770] BORRÁS, A., "Conferencia de La…, *Op. cit.*
[771] Los Estados parte pudieran concretar alianzas con aerolíneas para lograr conseguir asegurar el retorno del menor, por ejemplo, Air Canadá brinda la oportunidad de que para los casos de retorno pueda viajar el menor gratuitamente. BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (30 de octubre de 2006), en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2006, pp. 1110-1116.

mecanismos que hagan verdaderamente efectivo al CH80, todo en virtud de la asistencia jurídica y judicial que se prevé en el texto convencional, como ejemplo de ello se cuentan pocos Estados parte del CH80 con presupuesto para el retorno del menor como es el caso de Bélgica[772].

El *iter* procesal que contempla el CH80 tiene algunas particularidades merecedoras de ser resaltadas como la duración del mismo y la admisión o no de la solicitud de retorno por eso se ha redactado una Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre restitución internacional de niños[773], que sin duda representa un avance y una esperanza para logar que los Estados parte cuenten con una ley procesal hecha a la medida de la letra convencional[774].

En punto de la duración el artículo 11 del CH80 ordena que las actuaciones de las autoridades, administrativas y judiciales, en los casos de sustracción y eventual retorno sean adelantadas con carácter urgente[775], lo que implica que deben ser sustanciadas y resueltas las solicitudes por los procedimientos más expeditos que consagre el Derecho interno de cada país y además que se cuenta con seis semanas para decidir sobre el retorno. "*Encouraging a speedy resolution of abduction cases is certainly to be welcomed and this is one clear area where regional initiative can attempt to go further than what might be attainable at the global level*"[776], todo en virtud del artículo 36 del CH80 que permite concretar entre Estados y regiones la suscripción de otros instrumentos jurídicos bilaterales o multilaterales como es el caso del R2201/2003. Y es que es fundamental promover dichas suscripciones, pues el único modo de sumar voluntades estatales en pro del resguardo de los menores en casos tan densos como los de sustracción internacional[777]. Pues, solo la cooperación estatal podrá conjurar de manera efectiva este flagelo[778].

---

[772] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*

[773] Cuyo texto íntegro está disponible en la página de la CHDIPr. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf>.

[774] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*.

[775] "The Convention mandates the prompt disposition of the case" La Convención ordena la pronta resolución del caso. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op. ci.*

[776] Si bien son bienvenidas las resoluciones rápidas de los casos de sustracción esta dimensión del CH80 puede ser un área donde claramente las iniciativas regionales puedan intentar ir más lejos. ARMSTRONG, S., "L´articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye", p. 115, en FULCHIRON, H., y NOURISSAT, C., *Le nouvenau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, Paris, 2005, pp. 111-122.

[777] CAAMIÑA DOMINGUEZ, C., "El foro del art. 10 del reglamento 2201/2003: stjue 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS Y MCP", en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13, núm. 2, pp. 639-648, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6281>.

[778] PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO, G., "Restitución de menor a Chile: comentario a la sentencia N° 619/2020 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de julio de 2020", en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, pp. 816-826, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6717>.

En España, Colombia y Venezuela, la resolución de una solicitud de retorno, le corresponde a los órganos judiciales; de ahí que, al interponerse una solicitud de traslado se activa una suerte de *cronómetro judicial* con un plazo máximo de seis semanas para decidir. Este plazo constituye el remedio convencional urgente para una situación urgente: la sustracción del menor; así pues, si el trámite supera las seis semanas va restándole eficacia a la solución convencional[779].

Pero el mismo CH80 contempla la posibilidad de que no se profiera una decisión dentro de ese plazo; en tal caso, la AC del Estado requerido, *motu proprio* o a instancia de la AC requirente, podrá solicitar las razones de la demora, de haber recibido respuesta a su petición deberá comunicarla a la AC del Estado requirente.

Entonces, hay que concluir que si bien el plazo de seis semanas es vinculante[780] y perentorio[781] no pocas veces resulta una simple declaración, porque no se prevén convencionalmente consecuencias a la superación del plazo, por lo que quedan a salvo, al respecto, las sanciones disciplinarias que para el caso del incumplimiento injustificado de plazos procesales por parte de las autoridades judiciales prevea el ordenamiento jurídico de cada Estado. Pero en el marco del CH80 poco o nada se puede hacer ante el incumplimiento del plazo[782].

Sobre el carácter urgente con el que se espera sean adelantadas las actuaciones y el plazo de seis semanas hay que resaltar que ambos son *anhelos convencionales* que se entienden no solo por la naturaleza del asunto, sino por las consecuencias jurídicas que tiene el transcurso del tiempo en el marco del CH80 de cara a una posible integración al medio, pero en últimas esa expedita resolución de las solicitudes depende exclusivamente del cauce procesal que para tal fin tenga previsto el Derecho interno de cada país[783].

Ante la interposición de la solicitud de retorno a la autoridad judicial se le presentan inicialmente dos opciones: admitir o rechazar la solicitud En caso de rechazarla deberá ser fundamentada la decisión sobre la base de la parte *in fine del* artículo 13 convencional, que contempla la posibilidad de que la autoridad judicial crea, fundadamente, que el menor ha sido

[779] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit.*
[780] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[781] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[782] *Ibídem*
[783] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit.*

trasladado a otro Estado y, por ello, rechace la solicitud y de haberse iniciado el procedimiento lo suspenda. Además, deberá señalar el Estado en el que se cree está el menor para que así los solicitantes puedan *redireccionar* sus solicitudes y esfuerzos[784].

2.4.4 El interés del menor en el CH80

El interés del menor es un "concepto ausente del tenor literal del Convenio"[785], porque, curiosamente, el texto convencional no explica de manera expresa el alcance de este principio; sin embargo, la base convencional descansa sobre él[786]. Así, lo denotan la exposición de motivos y el Preámbulo cuando sostienen que todas las cuestiones relativas a la custodia del menor deben estar informadas por ese principio.

Aunque el CH80 no se refiere a la superioridad del interés del menor, todos sabemos que el principio que propugna la doctrina de protección integral impone tal superioridad; en consecuencia, cada decisión en el marco convencional debe honrar e inspirarse en el interés superior del menor[787].

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que el CH80 garantiza que:

> …todo menor residente en un país miembro del Convenio reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico, así los intereses particulares de los padres en una situación de disolución de la familia queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores[788]

Lo que da cuenta que uno de los intereses convencionales es la protección de tal interés. Hay que exaltar que el interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado lo que no implica que propicie decisiones voluntariosas o pueda ser fuente de inseguridad jurídica[789].

El interés superior del niño es:

> …el límite y al mismo tiempo el horizonte de todas las decisiones que se desprenden

[784] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.*
[785] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª), de 23 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández", pp. 358-359,en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2004, pp.356-360.
[786] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[787] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 42.
[788] COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-402/95 del…, *Op. cit.* En esta sentencia se revisó la constitucionalidad del CH80 y de su ley aprobatoria.
[789] DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., "Sobre la interpretación…, *Op. cit.*

> de cualquier principio de autoridad, sea de las decisiones administrativas o judiciales, sea de las decisiones al interior de la familia, de la escuela y de las instituciones públicas y privadas que atienden a los niños, las niñas y adolescentes[790]

De acuerdo con la Observación general Nº 14[791] sobre el derecho del niño este derecho tiene tres significaciones: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma procedimental.

En cuanto derecho sustantivo[792] hace parte de la esfera jurídica del menor a quien debe garantizársele que su interés superior será prevalente en toda decisión que lo afecte o involucre y así puede invocarse ante los órganos jurisdiccionales.

Como principio jurídico interpretativo fundamental[793] implica que en caso de que una norma jurídica sea susceptible de ser interpretada en varias orientaciones se preferirá la que mejor proteja y garantice el interés superior del menor involucrado. Es un principio necesario inspirador[794] de orden público[795] que consagrado [796]en textos legales internacionales ha sido

[790] GALVIS ORTIZ, L., Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos. Mirada a Latinoamérica, Ediciones Aurora, Bogotá, 2006, p. 139.
[791] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponible en: < https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990#:~:text=Campus%20Virtual-,Observaci%C3%B3n%20general%20N%C2%BA%2014%20(2013)%20sobre%20el%20derecho%20del%20ni%C3%B1o,(art%C3%ADculo%203%2C%20p%C3%A1rrafo%201)&text=Resumen%3A%20La%20presente%20observaci%C3%B3n%20general,del%20ni%C3%B1o%20y%20lo%20respeten>.
[792] *Ibídem*
[793] *Ibídem*
[794] DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., "Sobre la interpretación…, *Op. cit.*
[795] DEL MORAL, A., "Derecho al libre…, *Op. cit.*
[796] Carta de los derechos fundamentales de la Unión, artículo 24. Derechos del niño. 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

recogido en los ordenamientos jurídicos español[797], colombiano[798] y venezolano[799].

Ahora bien, como norma de procedimiento[800] obliga a los Estados parte a que en toda decisión acerca de un menor o un grupo de menores se deba tomar en consideración su interés superior, pero la obligación no cesa allí; además, hay que evidenciar y reseñar detalladamente qué proceso de ponderación se utilizó para establecer que la decisión adoptada proveía mejor al interés superior del menor o menores involucrados y en qué criterios se cimentó la decisión final.

Entonces, ante los derechos de los menores el derecho de los adultos se relativiza, todo en pro de la condición vulnerable y de indefensión que representa la minoridad. Este principio impone convertir en el eje nuclear de la toma de decisiones al menor y sus derechos, los cuales no pueden desconocerse o menoscabarse por interés de uno o varios adultos en nombre de una interpretación errónea del interés superior del menor. Para delinear el alcance y el contenido del interés superior del menor en caso de sustracciones internacionales es necesario insistir en que a pesar de que es un concepto jurídico indeterminado no es posible *manipularlo* para que en su nombre se puedan imponer prejuicios nacionalistas[801], o que se puedan legitimar -arguyendo integración al nuevo

---

[797] 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, artículo 2. "Principios generales. En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva". Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>.

[798] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de la infancia y la adolescencia, artículo 8: "Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes". Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html#44>.

[799] ASAMBLEA NACIONAL. LOPNNA, artículo 8 Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Parágrafo Primero. Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar: a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes. c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo. Parágrafo Segundo. En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

[800] COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general Nº 14*…, *Op. cit.*

[801]BORRÁS, A. "El `interés del…", *Op. cit.* PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit.* FÁBREGA RUÍZ, Cristóbal., "La sustracción internacional…, *Op. cit.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.* ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, *Op. cit.*

medio- las vías de hecho, que, traducidas en violencia física y psicológica sobre el menor, se utilizaron para desarraigarlo de su residencia habitual.

Las autoridades deben superar airosamente las tentaciones a denegar la restitución del menor en nombre del interés superior del menor haciendo superficiales o rápidas interpretaciones de tal concepto, que por flexible e indeterminado pareciera que sirve para todo y para todos.

Los conceptos jurídicos indeterminados como el explicado también son denominados normas flexibles, pero no por tales pueden ser la excusa para desbordar los límites constitucionales de interpretación, antes bien si se hace una enjundiosa labor interpretativa no se podrá llegar, sino a una sola posible solución que honre el anhelo garantista y protector de este principio del interés superior del menor. Así, la labor judicial en este tema es de sumo cuidado y respeto por los límites interpretativos insertos en la esencia del texto que contiene este principio: la Constitución. Así las cosas, el operador de justicia debe apuntalar su labor interpretativa en ciencias distintas a la jurídica, por eso, deberá contar con peritajes de sicólogos infantiles, sociólogos entre otros[802] -porque es importante la formación con la que debe contar quien entreviste al menor[803]- para poder desentrañar en cada caso el verdadero interés superior del menor, pero por consultar estas ciencias que resultan en este caso auxiliares no está autorizado para desconocer el marco jurídico que lo obliga y limita[804].

Es tal la trascendencia de la labor interpretativa en este caso, que de la adecuada determinación del interés superior del menor dependerá su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su futuro –mejor o peor- en todas las dimensiones de su existencia[805].

Cuando el menor es retenido o trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores con el desarraigo que, por ende, se genera de su entorno, todo el análisis descrito anteriormente se desconoce, se inobservan derechos y garantías constitucionalmente consagradas en pro del menor.

En repetidos pasajes afirmaré que el CH80 asimila, en principio, el interés superior del

[802]Admite que las comparecencias directas pueden tener un efecto perturbador cuando reseña que las niñas ya han participado en procedimientos judiciales y administrativos en el Reino Unido. GONZÁLEZ BEILFUS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares…, *Op. cit.*
[803] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[804] DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., "Sobre la interpretación…, *Op. cit.*
[805] *Ibídem*

menor a su derecho a no ser trasladado abruptamente de su entorno vital, así su interés ser verá honrado y protegido en tanto y en cuanto sea retornado de manera inmediata, urgente a su *statu quo*, porque así se impide que sufra los graves daños y perturbaciones que trae consigo el abrupto desarraigo de su entorno, claro está, dejando a salvo las excepciones convencionales al retorno, las cuales están inspiradas en el mismo interés superior del menor.

Y es que no hay duda de que el CH80 tiene como eje el interés superior del menor, así lo afirma Muir Watt y la Corte cuya jurisprudencia comenta "*La censure intervenue en l´espèce rappelle très justement que le mécanisme conventionnel opère dans le seul intèrêst de l´enfant objet du conflict, et non pour le confort, la consolation, ou la vengeance de ses parents*"[806].

Así la resolución de retorno o de su denegación tienen el mismo fundamento: el interés superior del menor[807]. Porque el retorno no puede ordenarse hecha abstracción de las consecuencias que trae para el menor y de los eventuales peligros que le pueden acechar en el Estado de su residencia habitual, pues si bien el CH80 parte de un *a priori*: que el menor debe regresar a su *statu quo ante,* porque su traslado abrupto le causa perjuicios[808] también es cierto que ese *a priori* puede ser desvirtuado cuando se deja seriamente sentado que ese retorno le causaría daños y para eso están las excepciones, para resguardar el interés superior del menor.

En suma, el interés superior del menor debe resguardarse cuando se ordena su retorno, cuando se deniega su retorno, cuando se reorganiza o no el derecho de visita a propósito de la posibilidad convencional para ello y para decidir sobre la custodia, cuando esto último esté permitido de manera residual por el CH80. Aunque no definido por la letra convencional al Juez le corresponde en su libertad de valoración y análisis crítico adoptar unas u otras decisiones inspirado y salvaguardando el interés superior del menor[809] que supone una valoración individual que no estandarizada de sus derechos[810] porque no se trata de resguardar intereses colectivos y

[806] La instancia de alzada recuerda muy acertadamente que el mecanismo convencional opera únicamente en interés del niño objeto del conflicto y no para el confort, el consuelo o la venganza de sus padres. MUIR WATT, H., "Commentaire sur l'arrêt de la "Cour de cassation (1re CH. civ.) – 9 julliet 2008", p. 843, en *Revue critique de droit international privé*, núm. 4, 2008, pp. 841-843.
[807] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[808] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares…, *Op. cit.*
[809] PÉREZ VERA, E., *Informe explicativo del*…, *Op. cit*.
[810] ESPUGLES MOTA, C. (2021). "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso de los MASC". *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 13, núm. 2, pp. 132-173. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6253>.

abstractos de los menores[811] como tampoco denegar el retorno *so pretexto* de que el menor se encuentra muy bien en el Estado de refugio o porque éste está en mejores condiciones que el Estado de origen en punto del desarrollo y economía, porque además de irrespetuoso e indebido el Juez en vez de decidir sobre el retorno o no se estaría pronunciando sobre la custodia, amén de que estaría arrogándose jurisdicción para conocer de un caso que le es ajeno[812].

2.4.5 Es un Convenio CIA

Es un Convenio que se fundamenta en la cooperación internacional entre autoridades (CIA)[813] que brinda elementos de asistencia internacional[814], cooperación interestatal[815], eficacia[816], inmediatez[817], gratuidad y rapidez[818] que no facilitaban los mecanismos tradicionales de regulación de esa situación de Derecho internacional privado como lo es la sustracción internacional de menores[819].

En punto de la gratuidad el CH80 brinda dos importantes ventajas: la primera en virtud del artículo 26 donde se exime al solicitante de pagar suma alguna por los gastos que implique la tramitación de una solicitud de retorno o la asesoría jurídica que pueda recibir, eventualmente se podrá conminar al sustractor a que:

> …pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor.

Sobre esta gratuidad del proceso de retorno el artículo 42 permite que los Estados parte

[811] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares…, *Op. cit.*
[812] GOICECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*.
[813] PÉREZ VERA, E., "El menor en…, *Op. cit*. RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Nota a La Sentencia del Tribunal Europeo..., *Op. cit*. PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit*.
[814] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, *Op. cit.*
[815] *Ibídem*
[816] BORRÁS, A., "El papel de…, *Op. cit* , FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 39.
[817] BORRÁS, A., "El papel de…, *Op. cit*.
[818] ORTÍZ-ARCE, A. y MIRALLES SANGRO, P., "El tratamiento de…, *Op. cit*. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.,* p. 39.
[819] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor…, Op. cit.*

hagan reserva. España y Colombia no hicieron reserva al respecto, pero Venezuela sí[820].

También se reconoce la *generosidad convencional* en el artículo 22 donde en atención al propósito marco convencional: la protección internacional de los menores, no se exige al ciudadano extranjero que litigue en uno de los países parte del CH80 las garantías propias de un litigio donde una de las partes sea extranjera, y es que el CH80 evita gravámenes adicionales para quien ya debe sufrir las consecuencias de una sustracción. Así, nada se le puede exigir que asegure el pago de costas procesales cuando de decidir el retorno se trata. El texto convencional deja a salvo las fianzas o garantías exigibles en el marco de cualquier otro proceso como por ejemplo el que decida sobre el fondo del asunto[821].

En cuanto Convenio CIA García Cano[822] enumera lo que podría ser el *trípode convencional* del CH80: el pragmatismo, el utilitarismo y un alto nivel de compromiso.

Las razones para enaltecer su pragmatismo son las siguientes[823]: 1) no se ocupa de establecer la ley aplicable en materia de custodia y visita[824]; 2) no establece normas de competencia judicial internacional; 3) no permite, en principio, que las autoridades del Estado requerido consideren y resuelvan el fondo del asunto, lo que podrá ocurrir sólo en tanto se haya denegado el retorno del menor en virtud de las excepciones tasadas convencionalmente. Antes, lo que persigue es abordar y resolver una situación fáctica por medio de sistemas de cooperación que permitan la restitución del menor al Estado de su residencia habitual[825].

Gran parte de la cooperación entre autoridades y el cumplimiento de las obligaciones convencionales[826] se cristaliza en la labor de las Autoridades Centrales (AACC)[827] como órganos de enlace[828] entre los Estados parte, de allí la importancia[829] de su existencia y de la sinergia -

[820] "La República de Venezuela no está obligada a asumir ninguno de los gastos mencionados en el párrafo tercero del Artículo 26" Reservas hechas al CH80. Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=status.comment&csid=654&disp=resdn>.
[821] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[822] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit*.
[823] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit*.
[824] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.*
[825] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[826] HERRANZ BALLESTEROS, M., "Los desplazamientos ilícitos…, *Op. cit.*, p. 1540.
[827] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit*. PÍAS GARCÍA, E., "El papel de la…, *Op. cit*.
[828] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Legislación de Derecho*…, *Op. cit*.
[829] BORRÁS, A., "El papel de…, *Op. cit.* PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit.* HERRÁNZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional…, *Op. cit*.

marcada por derechos y deberes recíprocos[830]- entre ellas porque constituyen el "eje del correcto funcionamiento"[831] convencional. Una de las ventajas de este mecanismo de cooperación vía AACC es que se evita el régimen y *los tiempos* de las relaciones diplomáticas -parsimoniosos por naturaleza-, porque una de las claves de la efectividad convencional reposa sobre el carácter expedito y urgente de las actuaciones y comunicaciones[832].

Al interior del CH80 y a propósito de esa CIA existen dos sistemas que protegen al menor: el del Estado requirente y el del Estado requerido, ambos representados inicialmente por los agentes operadores de niñez en cada Estado: AACC, Jueces, fiscales, cuerpos de seguridad, entre otros. Así que la cooperación consiste en que cada sistema debe adelantar lo que le corresponde con la mayor celeridad, proactividad[833] pero también con sumo respeto de las funciones que le competen al otro sistema.

El artículo 6 del CH80 impone la obligación a los Estados parte de designar la AC para la operatividad convencional y la Guía de Buenas Prácticas en virtud del CH80 contiene en su Primera Parte (GBPCH80IP) sugiere que sea el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Familia o el Ministerio de Exteriores donde esté ubicada la AACC y precisamente cada uno de los países estudiados ha designado la AACC dentro de una de estas sugerencias. Así, en España[834] la AC es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional[835] que depende de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional[836], en Colombia es el la Subdirección de

[830] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit*.
[831] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit*. BORRÁS, A., "Reunión de la Comisión…, *Op. cit*.
[832] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.*
[833] GOICECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*. 253
[834] A pesar de que la letra convencional permite que los Estados cuya conformación interna territorial y jurídica sea compleja designen a varias AC, España ha sido rígida desde el inicio designando sólo a una. BORRÁS, A., "El papel de…, *Op. cit*.
[835] Disponible en:<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/secretaria-estado-justicia/subdireccion-general>.
[836] En virtud del artículo 6.2.a) del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-3161>.

Intervenciones Directas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[837] (ICBF)[838] y en Venezuela la Oficina de Relaciones Consulares del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores[839].

La GBPCH80IP describe en detalle todo lo relacionado con las AACC desde su designación hasta sus funciones pasando por los recursos humanos y tecnológicos que debe tener un AACC para efectivizar el CH80.

También señala la importancia de que esa designación[840] se haga en cuanto se manifieste la adhesión o ratificación del Convenio, porque si entra en vigencia el CH80 y aún no se ha designado la AC o aun siendo designada, pero si no cuenta con los recursos necesarios poco o nada podrá hacer respecto de la aplicación cabal el CH80 y todo el sistema de confianza entre los Estados parte se vería socavada[841].

A la par de designarla, el Estado parte debe dotar a la AC tanto del talento humano calificado y como sensibilizado. En cuanto a la cualificación la GBPCH80IP se refiere al conocimiento y dominio que debe tener de la letra convencional hasta el punto que debe estar en capacidad de: explicar a los solicitantes y a las demás AACC, según sea el caso, de cómo será tramitada la solicitud; orientar al Estado al cual pertenece de los mecanismos y medidas que se deben adoptar para soslayar impedimentos a la concreción convencional; orientar a las autoridades nacionales sobre cómo lograr la aplicación cabal del CH80; comunicarse y coordinar acciones con las autoridades nacionales que tengan competencia en la materia; todo lo cual no implica que deban convertirse en los asesores jurídicos de los solicitantes pero no pueden soslayar su carácter

837 "El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios". Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto>.

838 Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=authorities.details&aid=79>.

839 Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=authorities.details&aid=136>.

840CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas. En virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Primera parte – Práctica de las Autoridades Centrales. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/abdguide_s.pdf>.

841 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas. …Primera parte…, *Op. cit.*

orientador[842].

Sobre las AACC hay que advertir que no son el órgano al que le compete resolver las solicitudes de retorno de los menores que han sido ilícitamente trasladados o retenidos en el territorio de su Estado[843], es un órgano coordinador y cooperador que no decisor, aunque sus funciones son decisivas para que todos los esfuerzos *fragüen* en favor de los objetivos convencionales.

Hay que insistir en que a pesar de que las AACC tienen amplias facultades también "*For all practical purposes, the Central Authority´s role is largely limited to that of a facilitator, and, when dispute exists between parties, has no power to order a child´s return"*[844].

Así, sus funciones, relacionadas en el artículo 7[845] del CH80 son al punto variadas que creo pueden ser consideradas las AACC como los *utility player* del CH80. Por tanto, la AC debe estar empoderada y legitimada[846] para adelantar las diligencias y promover el inicio de los procedimientos que debidamente encausados puedan hacer efectiva la fuerza e intención convencional.

Sus funciones van desde la admisión y remisión de solicitudes de retorno, hasta la cooperación en la ejecución de la resolución, pasando por la localización del menor, la procura de su retorno voluntario, el intercambio de comunicaciones con autoridades tanto nacionales como

---

[842] *Ibidem*

[843]MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*

[844] Para todos los propósitos prácticos el rol de la AC está seriamente limitado a aquél de un facilitador y cuando existe una disputa entre partes no tiene poder para ordenar el retorno del menor. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op. cit.*, p.7.

[845] "Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación."

[846] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*

extranjeras[847], garantizar al solicitante el acceso a la justicia[848] así como la remisión de la solicitud de retorno a la AC de otro Estado si tiene información de que el menor se encuentra allí[849].

Las AACC deben ser lo más ágiles y diligentes posibles, para ello la Reunión Interamericana de Expertos sobre sustracción internacional de niños coorganizada por el Instituto Interamericano del niño, la niña y adolescentes (INN) y la CHDIPr en sus conclusiones del 10 de noviembre de 2006 estableció algunos plazos para las comunicaciones relacionadas con los convenios de sustracción lo que involucra al CH80.

Sobre la localización del menor se ha dejado constancia en el marco de las reuniones de la Comisión Especial que la colaboración que ha brindado INTERPOL ha sido decisiva en la consecución de este deber[850], pero se presentan serias dudas acerca de cómo mantener vigilado al menor mientras su surte el procedimiento de retorno, porque no se tiene conocimiento de si deberá ser retornado o no[851].

No puede pensarse en punto del retorno que la labor de las AACC se agota hasta lograr judicialmente la orden de retorno, no, antes aquí inicia una de las actividades clave para la efectividad del CH80 y dispendiosa para la AC. Lastimosamente existen no pocas AACC que creen que no es su función intervenir o mejor asegurar el retorno del menor, pero la Comisión Especial han sido enfáticas en recordar que sí es deber de las AACC su intervención en el retorno del menor y a partir de la sesión de 2001 se ha expuesto la necesidad de velar por asuntos relacionados con el retorno del menor como la seguridad del acompañante y las implicaciones migratorias[852].

Sobre el acompañante del menor, en la mayoría de los casos donde la sustractora es la madre se hace necesario su protección por la elevada frecuencia[853] con la que se presenta la sustracción como un medio para escapar del círculo de violencia en el que el victimario es el

[847] Lo que se ratifica en cada sesión de la Comisión Especial como por ejemplo BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[848] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit.*.254
[849] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…*, *Op. cit.*
[850] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[851] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[852] *Ibídem*
[853] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

progenitor y la víctima la madre y eventualmente el menor. Y sobre las implicaciones migratorias, se exhortó a las AACC para que hicieran sus mejores esfuerzos en allanar el camino para hacer efectivo el retorno y el ejercicio del derecho de visita, sobre todo cuando se requiere de visados para ello, aunque se es consciente de que no siempre son ellas las encargadas de obtener permisos y visados[854] como muy bien lo explica Ruckman cuando aclara que ni la AC estadounidense ni el progenitor perjudicado por la sustracción pueden asegurar que pueda otorgarse la visa[855].

La labor de la AC es tan delicada que la GBPCH80IP no duda en enfatizar que el personal que haga parte de la AC debe tener una especial sensibilidad traducida en una disposición de ánimo especialmente receptiva para tratar con las secuelas anímicas y sicológicas que genera en los menores y en sus progenitores la sustracción; además, de tener la paciencia requerida para comunicarse con personas, cuya cultura e idioma sean distintos del propio[856] sean autoridades extranjeras o padres abatidos por la sustracción[857] y, en este último caso, la GBCH80IP resalta la importancia de que los trabajadores de la AC conversen con el solicitante acerca de la dinámica convencional para que puedan dimensionar adecuadamente sus expectativas acerca del CH80 en relación con el retorno del menor; además, les deben explicar que la confidencialidad de la información suministrada no se puede garantizar en los procesos administrativos ni judiciales máxime que se transmitirá por medios de comunicación como el correo electrónico[858].

El CH80 y sus objetivos convencionales exigen del personal de las AACC un compromiso férreo para sobreponerse a obstáculos, demoras y circunstancias diversas que impidan la consecución de esos objetivos; por consiguiente, la GBPCH80IP sugiere que ese personal esté dispuesto a lograr esos propósitos lo que implica dejar de lado prejuicios, nacionalismos, tabúes, entre otros preconceptos que de verterlos en cada caso se estaría atentando con la intención convencional[859].

---

[854] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[855] RUCKMAN, K., "Los compromisos como práctica del Convenio; perspectiva de los Estados Unidos", CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Boletín de los Jueces, Tomo XI, 2006, pp. 27-30.
[856] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas. …Primera parte…, *Op. cit.*
[857] *Ibídem*
[858] *Ibídem*
[859] *Ibidem*

Borrás[860] sostiene que se trata de un Convenio de cooperación fuera de lo común porque trata de la adopción de medidas urgentes por las AACC para lograr el retorno del menor o conjurarlo; por ello, para lograr la efectividad convencional deben contar con el talento humano capacitado y sensibilizado con el tema amén de los recursos necesarios[861] para que su actuación sea realmente efectiva[862] y expedita, sino las funciones que convencionalmente le han sido arrogadas resultarán nugatorias y con ellas el propósito convencional.

Las funciones de las AACC descritas en detalle en el Capítulo II del CH80 son categorizadas por García Cano[863] así: 1) de cooperación *ad extra* y 2) de cooperación *ad intra*. La cooperación internacional entre AACC se considera horizontal (*ad extra)* y es una de las claves del éxito convencional porque vuelve los trámites expeditos y bajo en costos; ahora tratándose de la cooperación al interior del Estado al que pertenece la AC la describe como vertical (*ad intra)* y consiste en la articulación que de los esfuerzos y diligencias de autoridades administrativas y judiciales pueda lograr la AC.

La CHPIPr afianza la idea de que el CH80 tiene su eje de operatividad en las AACC cuando la mayoría de las conclusiones y recomendaciones[864] que se acuerdan en el seno de las Comisiones especiales que monitorean la aplicación del CH80 va dirigida a las mismas.

Las AACC ejercen, entre otras, una labor de representación internacional[865] y actúan en nombre del Estado requirente para lograr el cumplimiento de sus decisiones en el Estado requerido. Además, representan al particular que ha activado el mecanismo convencional, pues la sustracción internacional, en principio, suscita una relación *inter privatos*[866], así es innegable que gran parte de las funciones que la AC adelanta en su Estado las hace en nombre y representación del particular requirente[867] y en pro del interés superior del menor; de ahí que, el texto convencional en su

[860] BORRÁS, A. "El `interés del…, *Op. cit.*
[861] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas. …Tercera parte…, *Op. cit.*
[862] BORRÁS, A., "Conferencia de La…, *Op. cit.*
[863] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*
[864] Por ejemplo: CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Conclusiones y recomendaciones acordadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (1-10 de junio de 2011) Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/concl_iin_s.pdf>.
[865] PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit.*
[866] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit.*
867 GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*

artículo 28 consagra que la AC podrá exigir al particular el otorgamiento de poderes para actuar en consecuencia.

El hecho de que el CH80 sea un CIA no implica que a las AACC les esté vedada la opción de valerse del exequátur -un mecanismo tradicional de eficacia extraterritorial de decisiones- antes bien a él hay que apelar inexorablemente para lograr el propósito convencional cuando no se ha verificado la sustracción y se trate de la protección del derecho de visita en los términos del artículo 21[868].

Así entre otras labores de las AACC se pueden enumerar: 1) Localizar al menor; 2) Garantizar el retorno del menor; 3) Garantizar la organización efectiva del derecho de visita. En ejercicio de tales funciones la AC, y en esas labores las AACC deberán promover procesos administrativos y judiciales para propender a la consecución convencional[869].

Los contactos entre ellas son constantes y en el marco de sus reuniones se pueden establecer acuerdos de buenas prácticas que mejoran la aplicación del Convenio[870].

Ahora bien, cuando se trata de la relación con las autoridades extranjeras cobra suma importancia la competencia idiomática que sugiere la GBPCH80IP en idiomas relevantes para el CH80 (que son los de la CDIPr) como la de aquellos Estados con los que se ve relacionada con más frecuencia a propósito de solicitudes de retorno. Ese *dominio idiomático* garantiza la fluidez de las comunicaciones y por ende facilita la superación de eventuales obstáculos al CH80.

En el caso español por ser el único país de la UE que habla español es insoslayable esta competencia idiomática porque el inglés y francés se muestran equidistantes entre idiomas como el español y el polaco, por ejemplo. En los casos de Colombia y Venezuela la utilidad radica en la sintonía que se puede lograr en reuniones de las Comisiones Especiales, acceder a bibliografía que sobre el tema hay en idiomas distintos al español. Es innegable que el inglés y francés son los idiomas de *encuentro* internacional, amén de que son los idiomas oficiales de la CHDIPr.

La GBPCH80IP sugiere además que las designaciones de los funcionarios de las AACC

[868] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*
[869] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[870] PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit*. BORRÁS, A., "Conferencia de La…, *Op. cit*.

sean de *largo aliento*, esto es, que las personas duren tiempo razonable en ejercicio de sus cargos porque sólo la práctica y experiencia permiten dimensionar correctamente la intención convencional y honrarla.

Las AACC antes de remitir una solicitud de retorno a otra AC deben cerciorarse de que lo harán a la dirección correcta, para ello la GBPCH80IP sugiere consultar el sitio web[871] destinado para relacionar los datos de ubicación de las AACC en los distintos Estados parte y las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 de 2011 (CyRCECH802011) exhorta a la Oficina Permanente a que recuerde a las AC anualmente que deben informar de cualquier cambio de ubicación o contacto[872], porque sería catastrófico que se enviara a una dirección incorrecta la solicitud de retorno, pues equivaldría a no haberla enviado.

La tecnología debe estar al servicio de la humanidad, de esa manera, la GBPCH80IP y las CyRCECH802011 coinciden en que las solicitudes se deben enviar por medios de comunicación rápidos[873], así, si la AC duda acerca de la efectividad de la empresa de correos estatal debe remitirla por otros medios tales como valija diplomática (si así se ha acordado previamente por las embajadas), fax y correo electrónico[874]. A pesar de tal exhortación, la AC española reseña cómo ha tenido que lidiar con AACC que exigen que la solicitud y sus recaudos sean enviadas por correo convencional para poder ser tramitadas.

Se cree que la cooperación y comunicación entre AACC está en muy buen nivel no así la cooperación y comunicación entre autoridades judiciales, de esa manera, las Redes de Jueces de Enlace y las comunicaciones judiciales directas son nucleares para avanzar en esa dirección[875] cambiando el rumbo de muchas decisiones.

---

[871] Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.authorities&cid=24>.
[872] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/concl28sc6_s.pdf>.
[873] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/concl28sc6_s.pdf>.
[874] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas. …Primera parte…, *Op. cit.*
[875] GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit., pp.* 261 y 266.

2.4.5.1 CIA dual

En cuanto Convenio CIA el CH80 lo es en un sentido dual o mixto[876], porque el texto convencional en su artículo 29 permite que el particular decida entre actuar por ante la AC o dirigirse directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado particular ante la vulneración de los derechos de custodia y visita o cuando la AC haya rechazado la solicitud de un particular este puede actuar por su cuenta.

El CH80 hace una equivalencia procesal entre las solicitudes interpuestas directamente por el interesado en el retorno a aquellas interpuestos por intermedio de la AC, así en el artículo 30[877] se les otorga el mismo valor procesal de cara a su admisión al trámite. Lo que significa que la solicitud de retorno ante la AC no es requisito de procedibilidad para que la persona que considera que ha sido vulnerado su derecho de custodia pueda promover directamente el inicio de un procedimiento, judicial o administrativo, para lograr la restitución del menor[878]. Si lo hace así y el Estado donde acciona es parte del CH80 debe entenderse que el procedimiento que se debe seguir es el descrito convencionalmente[879].

La consecuencia de que el particular decida actuar por su exclusiva cuenta genera la inquietud de si podrá o no valerse en el *iter* de la cooperación que puede lograr la AC. Al respecto, Montón García[880] sostiene que, esa elección del particular no implica que la AC no pueda intervenir y aporte su carácter cooperador y coordinador, antes es deber del Estado brindar ayuda al particular y en este caso se hace por intermedio de la AC, quien no intervino desde el inicio, pero quien debe hacerlo cuando sea requerida, porque de lo contrario estatalmente se estaría desvirtuando e incumpliendo el CH80[881]. En el caso específico de España también estuviera deshonrando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos[882] que de acuerdo con el

[876] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*
[877] Artículo 30: "Toda solicitud presentada a las Autoridades Centrales o directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante de conformidad con los términos del presente Convenio, junto con los documentos o cualquier otra información que la acompañen o que haya proporcionado una Autoridad Central, será admisible ante los Tribunales o ante las autoridades administrativas de los Estados contratantes."
[878] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de… Op. cit.*
[879] *Ibídem*
[880] *Ibídem*
[881] *Ibídem*
[882] "ARTÍCULO 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar

Tribunal Europeo de Derechos Humanos consiste entre otras actuaciones en "desplegar los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente a la restitución de su hijo y el derecho de este último a volver con su madre, ignorando de este modo su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención"[883]. Así que, interpretando la condena que le impuso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Iglesias Gil y A.U.A. contra España sin duda la AC debe cooperar en el proceso de restitución así no lo haya promovido[884].

Ahora bien, a propósito de la sentencia referida se presenta la inquietud de si el mecanismo convencional del CH80 se puede activar de oficio por parte de las autoridades estatales, la respuesta en virtud del artículo 8 del CH80 es un rotundo no[885], porque no debemos olvidar que el tema de la sustracción genera lo que ya se explicó una relación *inter privatos*[886], donde son particulares quienes se disputan -uno el sustractor por vías de hecho y otro el progenitor generalmente custodio de derecho- la *tenencia* del menor hijo, por ello, sólo los legitimados[887] podrán impulsar el inicio del proceso de restitución previsto en el CH80 y entre esos habilitados convencionalmente no se cuentan las autoridades estatales administrativas ni judiciales[888]. Así que es decisión del progenitor que pretende la restitución si actúa por intermedio de la AC o no, pero es sólo su iniciativa la propicia para iniciar la aplicación convencional.

2.4.6 Los derechos de custodia y visita en el CH80

Hay dos acciones contempladas en el CH80: 1) la que protege el derecho de custodia:

> Artículo 8. Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier

económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>.

[883] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de abril de 2003 en el caso Iglesias Gil y A.U.A contra España. RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Nota a La Sentencia…, *Op. cit.*, p. 361

[884] *Ibídem*

[885] *Ibídem*

[886] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit.*

[887] Artículo 8 de CH80 "Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor"

[888] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., "Divorcio y restitución…, *Op. cit.*, p. 45.

otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. (…)

y 2) la que resguarda el derecho de visita:

> Artículo 21. Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.
> Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.
> Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo.

Sobre la conceptualización del derecho de custodia se han presentado algunos inconvenientes en aras de su perfil concreto, porque el CH80 no define el derecho; en vista de ello, se han presentado serias dudas de si la concepción de la custodia debe atender exclusivamente a lo que el Derecho interno de cada Estado miembro considera y regula o si, por el contrario, hay que ceñirse de manera rigurosa a lo contemplado convencionalmente, pues se han presentado casos donde lo que dictamina el Derecho interno no se identifica con los rasgos convencionales.

Así, hay que establecer claramente que para que se puedan activar los mecanismos convencionales de protección del menor en aras de su retorno, alegando la vulneración de los derechos de custodia han tenido que darse los extremos del artículo 3.a. Lo que ha supuesto no pocos problemas prácticos porque no siempre lo que se considera para el Derecho interno custodia lo es en los términos convencionales[889]. Así las cosas, si el Derecho interno permite que un padre tenga la custodia pero para trasladar al menor fuera del territorio del Estado donde la ejerce requiere del consentimiento del otro progenitor, o de una autorización judicial eso no es custodia exclusiva en los términos convencionales sino compartida, así que si trasladó al menor sin contar con el consentimiento del otro progenitor ha vulnerado los derechos de custodia de aquél con el

[889] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…*, *Op. cit.*

traslado cuya ilicitud no se duda en el marco convencional[890], una interpretación así significa una "extensión del concepto de guarda"[891] lo que permite que el progenitor al que se le ha atribuido el derecho de visita pueda valerse del texto convencional para lograr su retorno, *so pretexto* de la vulneración de su derecho de custodia convencional, lo que hace más fácil la activación del CH80 cuando el infligido en sus derechos es el titular del derecho de custodia el sustractor[892].

Así, para los efectos convencionales se debe tener en cuenta la definición convencional con preeminencia de los conceptos y detalles que al respecto haga el Derecho interno de los Estados parte[893]. Porque si al progenitor no custodio le ha sido otorgado el derecho de injerencia sobre la determinación de la residencia del menor, en el marco convencional lo que verdaderamente ostenta es la custodia[894] la cual se ejerce de manera conjunta[895] y tal medida permite en gran parte conjurar el temor de un cambio de residencia del menor abrupto y decidido unilateralmente por uno solo de los progenitores. Esa concepción convencional de la custodia permite considerar una reciente y progresiva situación: los traslados que hacen del menor las personas que están a su cargo, esto es, los titulares de la custodia exclusiva, pero con restricciones territoriales[896] o quienes son titulares de la custodia compartida[897], además preserva la uniformidad interpretativa y de aplicación convencional[898].

Pero, también, se espera sindéresis del Juez en su labor interpretativa para que termine *hilando muy fino* concluyendo, como lo ha hecho la jurisprudencia inglesa, que el titular de la custodia no tiene el derecho a entorpecer el ejercicio efectivo del derecho de visita trasladando el menor a un Estado que haga aún más amplia la distancia entre el menor y el titular del derecho de

[890] *Ibídem*. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.* GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit*.
[891] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.,* p. 366.
[892] *Ibídem*
[893] GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M., "Sustracción internacional de…", *Op. cit.* GOICOECHEA, I., "El Convenio de…, *Op. cit*
[894] GÓMEZ BENGOECHEA, B., "Aspectos civiles de…, *Op. cit.*
[895] MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.*
[896] JIMÉNEZ explica que precisamente este tipo de atribuciones de la custodia persiguen preconstituir el traslado del menor como ilícito. JIMÉNEZ BLANCO, P., Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 39.
[897] Pero Jiménez advierte que en estos supuestos el retorno del menor no coincide con el restablecimiento de su *status quo*, por ejemplo, cuando el titular de la custodia decide no regresar con el menor al Estado de residencia habitual. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*
[898] GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y NAVARRO MICHEL, M., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*

visita; por consiguiente, establece que todo traslado que atente contra el ejercicio del derecho de visita es ilícito[899]. Una interpretación hecha así atenta flagrantemente contra el derecho de libre circulación que tienen los ciudadanos en virtud del Tratado Constitucional, amén de que desconoce la labor disuasiva del CH80, porque lo subestima y reduce a su mínima expresión, porque una postura así equivale a considerar que el CH80 no existe y si existe no sirve de mucho para lograr el retorno del menor.

Asimismo, el Juez debe conocer las decisiones y la legislación vigente en el Estado donde ha sido atribuida la custodia porque debe contrastarlo con el concepto convencional para poder así establecer con claridad si al solicitante le asiste completa o parcialmente el derecho de custodia. De ahí, que resulte vital que entre los recaudos que acompañen la solicitud de retorno se cuente con la relación de la legislación vigente y las decisiones judiciales correspondientes, porque todo ello ilustrará al Juez y aquí la labor de las AACC vuelve a ser fundamental en la consecución de la información requerida y pertinente.

En relación, con el concepto del derecho de visita hay que advertir que en el marco convencional en virtud del literal b) del artículo 5 CH80 consiste en "el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual"; esto es, en el derecho de relación transfronterizo con el progenitor con el que no se convive[900].

Acerca de que el CH80 protege el derecho de custodia ante una sustracción internacional no cabe la mínima duda porque queda claro en el artículo 8 transcrito. Además, ha sido así reconocido y explicado por varios autores[901], pero en relación con la protección convencional al derecho de visita hay profundas iniquidades en el texto convencional.

Ciertamente el tratamiento convencional para el derecho de visita dista mucho de la protección que recibe el derecho de custodia; de modo que, no hay equiparación entre ellos en el marco del CH80[902]. El retorno nunca puede ser solicitado por quien ostente únicamente el derecho

[899] GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.*
[900] MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.*
[901] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*
[902] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., Derechos de visita…, *Op. cit.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.*

de visita cuando es trasladado o retenido ilícitamente al menor por el progenitor custodio "vulnerando así tanto el derecho de relación transfronterizo del menor como el ejercicio efectivo del derecho de visita"[903]; por lo que, la protección convencional al derecho de visita insuficiente *in genere*[904], es débil[905].

El artículo 21 del CH80 no es fundamento legal suficiente para establecer un régimen de visitas o reorganizar el existente, pues no contiene en sí mismo referencia alguna de los criterios sobre los cuales se adoptarían tales decisiones así que la AC requerida podrá, a lo sumo, procurar por *despejar* de obstáculos al ejercicio del derecho de visita pero apelando a las soluciones que su Derecho interno tenga previsto para los casos de Derecho internacional privado porque con fundamento en el CH80 poco o nada podrá hacer[906].

Así que el CH80 se muestra insuficiente[907] y, por ende, incapaz de resolver las dificultades que puedan entorpecer el ejercicio pleno del derecho de visita[908] y no se considerará sustracción internacional en los términos del CH80 el cambio de residencia del menor decidido por el titular exclusivo de la custodia entorpeciendo el ejercicio del derecho de visita[909].

Ese trato discriminatorio o asimétrico[910] desconoce que el derecho de visita es el complemento de la custodia y de que un derecho de visita debidamente atribuido y convencionalmente protegido en el mismo nivel que el derecho de custodia constituyen una medida preventiva de las sustracciones[911]. Porque en la medida en que el progenitor no custodio pueda mantener contacto personal y permanente con su menor hijo –lo que salvaguardaría el interés superior del menor como se explicó en el apartado del derecho de visita- no se sentirá atraído por la idea de sustraerlo para garantizarse así el contacto; en contrario sentido, los obstáculos para ejercer plenamente el derecho de visita representan factores que aumentan las

[903] GARCÍA CANO, S., Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, Editorial COLEX, Madrid, 2003, p. 61.
[904] *Ibídem.*
[905] LOWE, N., Informe del Foro…, *Op. cit.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[906] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*
[907] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[908] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita..., Op. cit.*
[909] MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.*
[910] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor…, Op. cit.*
[911] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derechos de visita…, *Op. cit.* ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, *Op. cit.*

posibilidades de sustracción[912], pues el temor por no ver más o no ver suficientemente al ser querido puede ser un motivo entendible que no justificante de la conducta que desencadena en la sustracción[913].

El hecho es que al no estar expresamente equiparados en su protección los derechos de custodia y visita se abre un compás muy amplio para la interpretación que de las disposiciones convencionales se haga en cada Estado parte resultando disímiles decisiones[914]. Incluso, puede que algunas AACC interpreten que no están obligadas a incoar un procedimiento que permita precisar el régimen de visitas y si deciden incoarlo el CH80 carece de previsiones específicas al respecto.

En el marco de ese margen interpretativo se encuentran decisiones desiguales: por una parte, las que interpretan literalmente la disposición convencional argumentado que: el CH80 no brinda suficientes cimientos jurídicos para instaurar o defender un derecho de visita sobre la base convencional[915]; pues bien, hasta que no se verifique una sustracción ilícita ninguna protección convencional se le puede brindar al derecho de visita[916]; el precitado artículo 21 CH80 no configura derechos en la esfera jurídica de los progenitores que éstos pudieran ejercer directamente sobre su menor hijo[917].

Y, por la otra, también existen las que consideran que el artículo 21 le impone a las AACC adelantar efectivos trámites para lograr un efectivo ejercicio del derecho de visita y producto de tales trámites los órganos judiciales deben actuar en protección del derecho de visita: así la AC puede solicitar órdenes de acceso, que tales órdenes encuentran marco jurídico en el CH80 y; por tanto son obligaciones internacionales de los Estados parte y como tal han de cumplirse[918]; el

---

[912] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.*

[913] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nota a la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 323/2005 (Sección 24ª), de 25 de abril. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María José de la Vega Llanes", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2006, pp. 465-469.

[914] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*

[915] Caso: S. v. S., 25 May 1998, transcript (Unofficial Translation), Austrian Regional Civil Court, Graz. Referencia INCADAT: HC/E/AT 245. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=245&lng=3&sl=3>.

[916] Caso: Janzik v. Schand, 2000 WL 1745203 (N.D.Ill.). Referencia INCADAT: HC/E/USf 463. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=463&lng=3&sl=3>.

[917] Caso: Re G. (A Minor) (Enforcement of Access Abroad) [1993] Fam 216. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 110. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=110&lng=3&sl=3>.

[918] Caso: Gumbrell v. Jones [2001] NZFLR 593. Referencia INCADAT: HC/E/NZ 446. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=446&lng=3&sl=3>.

artículo 21 CH80 brinda protección ágil y efectiva para los derechos de visita ya reconocidos en un Estado parte y permite acciones urgentes ante la primera vulneración a este derecho de tal manera que se resguarde el *statu quo* en relación con el derecho de visita y para ello es imperativo que las autoridades hagan uso de los procedimientos más breves que permitan el respeto de los derechos de visita ya atribuidos incluso su revisión y consecuente modificación en virtud del interés superior del menor y de las nuevas circunstancias[919]; y el derecho de visita que protege este CH80 ampara incluso a miembros de la familia extendida y así debe procederse a reconocer y resguardar sus derechos vía convencional[920].

Echezarreta Ferrer[921] asegura que el derecho de visita sí está suficientemente protegido por el CH80 cuando se permite a las AACC (7.f CH80) que a solicitud del titular incoen las acciones necesarias para lograr la reorganización del derecho a propósito de la nueva situación geográfica del menor, que no debemos olvidar se debió a una decisión inaudita del progenitor custodio. Además, el autor mencionado adjudica la omisión convencional de consagrar en el marco del artículo 3 CH80 el derecho de visita a una incoherencia porque en otros artículos se refiere a él en el mismo nivel que al derecho de custodia, por ejemplo, en el artículo 4:

> El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Pero lo cierto es que se requiere de un instrumento jurídico internacional que garantice a los menores un contacto personal con ambos progenitores que se pueda ejercer cabal y trasnacionalmente, porque no es suficiente la protección que el CH80 hace al derecho de visita[922], así el titular del derecho de visita queda en *minusvalía* jurídica frente al titular de la custodia.

2.4.7 Es un Convenio *law in action*

Otro elemento característico y que resulta ser un *bálsamo* ante las deficiencias advertidas

---

[919] Caso: Donofrio v. Burrell, 2000 S.L.T. 1051. Referencia INCADAT: HC/E/UKs 349. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=349&lng=3&sl=3>.

[920] Caso: Director-General, Department of Families Youth & Community Care v. Reissner [1999] FamCA 1238, (1999) 25 Fam LR 330. Referencia INCADAT: HC/E/AU 278. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=278&lng=3&sl=3>.

[921] ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de…, *Op. cit.*

[922] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derechos de visita…, *Op. cit*. MOYA ESCUDERO, M. "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Civil) de 26 de diciembre de 1996. Ponente: Sr. Casas Estévez", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1997, pp. 247-252.

es que es un Convenio dinámico o como se le conoce *law in action*; esto es, hace parte de la categoría de convenios que son en sí mismos instrumentos para lograr el propósito convencional; tal dinamismo permite una revisión constante de la práctica que se deriva de su aplicación; de ahí que, lo llevado a cabo al interior de las Comisiones especiales, sobre el funcionamiento práctico del Convenio, son reuniones de seguimiento[923], cuyos encuentros persiguen detectar problemas en la aplicación convencional y unificar, si es posible, la interpretación del texto del Convenio[924], porque a pesar de que el CH80 impone una suerte de comunidad jurídica -porque los conceptos del interés del menor y el respeto de los Estado están de tal manera conciliados que el CH80 ha sido aceptado por países de culturas disímiles[925]- lograr una línea interpretativa uniforme aunque necesaria no es fácil en virtud de que "Los sistemas jurídicos, las prácticas y procedimientos judiciales pueden diferir (…) Incluso el sentido que damos a las palabras es diferente"[926].

Tales Comisiones han logrado mejoras[927] sensibles que resultan ser una suerte de *remozamiento* convencional. Incluso opiniones doctrinarias[928] han tenido eco en el seno de la CHPIPr a propósito de las discusiones de las Comisiones especiales de seguimiento; de modo que, los informes sobre las conclusiones[929] acordadas en las sesiones de la Comisión son de vital importancia, porque potencian la letra convencional en su aplicación, y ayudan a sortear los obstáculos que la aplicación convencional presenta.

En su seno, se ha sugerido la importancia medular que tienen, por ejemplo, las comunicaciones directas entre jueces, pues permiten aclarar dudas, derribar impedimentos que de no verificarse hubiesen facilitado el no retorno del menor, es admirable la diferencia que puede hacer una llamada entre jueces *contraparte* para resolver dudas acerca de los condicionamientos o

---

[923] PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La…, *Op. cit.*
[924] PÉREZ VERA, E., "En el XXV aniversario del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, en *Boletín de los Jueces*, 2006, pp. 10-12.
[925] GILLEN, J., "*El Convenio de*…, *Op. cit.*
[926] McGUINNESS, C., "La Comisión Especial: un punto de vista desde la presidencia", p. 4, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Boletín de los Jueces*, Tomo XI, 2006, pp. 4-6.
[927] PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit*.
[928] "La Conferencia de La Haya ha tomado nota, también por fin, de la importancia de la organización de los derechos de visita y de mantener un contacto transfronterizo entre padres e hijos, como corolario necesario del derecho de guarda y como mecanismo complementario para garantizar éste." ÁLVAREZ GONZÁLEZ., S., "Derechos de visita…, *Op. cit., p*. 263.
[929]CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Conclusiones y recomendaciones acordadas…, *Op. cit*.

garantías para retornar el menor a pesar del argumento del grave riesgo, pues al conversar e intercambiar criterios se pueden adoptar medidas realmente viables en el Estado de origen[930].

También son muestras de ese carácter *low in action* los llamados servicios post-convenio: las iniciativas como los encuentros periódicos de las AACC, la Guía de Buenas Prácticas en virtud de CH80[931], la sección que de manera especializada la CHDIPr le dedica al CH80[932] que ilustra tan bien a los Estados parte en especial a los de reciente adhesión[933] en el ámbito específicamente Iberoamericano se cuentan los esfuerzos que la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional hace para difundirlo e ilustrarlo desde el grupo especializado[934] para la materia, la INCADAT y el sistema electrónico de gestión de casos en tiempo real (iChild)[935]. En este último caso hay que referir que se trata de una herramienta para: identificar, almacenar y divulgar información vinculada con casos de sustracción internacional[936]

Si se ahonda un poco en las sesiones de las Comisiones Especiales, es precisamente en su seno en el que se ponen en evidencia los problemas o avances en la aplicación convencional, como por ejemplo: el envío incorrecto o incompleto de las solicitudes por parte de algunas AC requirentes o que algunas AC requeridas no acusan recibo, responden tardíamente, imponen el uso del correo convencional o el uso de la vía diplomática, serias dificultades cuando de dar información acerca del menor se trata[937], todo lo cual resulta en la ralentización del ritmo convencional con los irremediables perjuicios que eso trae consigo.

También en el marco de tales sesiones se ha sugerido que se concreten encuentros

---

[930] BOSCHIER, P., "Comunicaciones directas entre los jueces en el contexto del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: ejemplos positivos de Nueva Zelanda", CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, en *Boletín de los Jueces*, Tomo XI, 2006, pp. 13-14.

[931] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de buenas prácticas…Primera Parte…, *Op. cit.*

[932] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21>.

[933] PÉREZ BEVIÁ, J. y GARCÍA CANO, S., "Contribución de la…, *Op. cit.*

[934] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL. Disponible en: <https://www.iberred.org/grupos-de-trabajo-sustracci%C3%B3n-de-menores>.

[935] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/ichild_intro-e.pdf>.

[936] WorldReach Software – Hague Conference on Private International Law. iChild User Guide. 2007. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/141934fc-83b7-4106-9ba6-5c3ea3ba6b85.pdf

[937] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.* Y se volvió a cuestionar la capacidad de respuesta de algunas AACC en la reunión del 2011. BORRÁS, A., "Reunión de la Comisión…, *Op. cit.*

regionales en torno al CH80 lo que sería, además de conveniente, viable en atención a la proximidad de sus sistemas jurídicos y la identidad idiomática[938].

2.4.8 Excepciones convencionales al retorno

Para dimensionar correctamente las excepciones hay que subrayar que el propósito convencional se fundamenta en el principio del interés superior del menor y al romper se ha asegurado que ese interés consiste en seguir viviendo en el Estado donde tiene su centro de vida, su entorno vital: su residencia habitual y no ser trasladado a otro[939], y de llegar a serlo se debe retornar al menor a su Estado de residencia habitual, retorno exigido por el artículo 12 del CH80 que ordena la restitución inmediata del menor si se activaron los mecanismos convencionales antes de que haya transcurrido un año desde que se produjo la retención o el traslado ilícito.

Así, es de neurálgica importancia establecer desde cuándo se empieza a computar el año del que habla el CH80, su alcance y expiración[940]. Pérez Vera[941] ya reconocía en su Informe Explicativo que este término tiene algo, o mejor, mucho de arbitrario, pero sin duda la intención convencional es tasar objetivamente un fenómeno -traducido a término- que resulta un hito para decidir acerca del retorno o no del menor.

El año empieza a contar, en relación al traslado, desde el "primer acto destacado de infracción del derecho de custodia"[942], es decir, cuando tuvo lugar el traslado mismo[943] y, si se trata de retención desde el vencimiento del plazo acordado para retornar o reintegrar[944] al menor[945]; esto es, desde el día (fecha) en que el menor tuvo que ser devuelto al titular de la custodia o en otro supuesto desde el día en que ese titular haya manifestado su negativa a extender el plazo de estada del menor en un lugar distinto al de su residencia habitual[946].

---

[938] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[939] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles", *Cooperación Jurídica Internacional*, en *Colección Escuela Diplomática* (España), núm. 5, 2001, pp. 125-136
[940] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[941] *Ibídem*
[942] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores" …, *Op. cit.* p. 423.
[943] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central". Disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf>..
[944] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*
[945] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores"…, *Op. cit.*
[946] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*

En este punto, Montón García[947] describe un presupuesto en el que no resulta tan fácil establecer a partir de qué momento se empieza a computar el año: es el caso de un menor que ha sido sustraído, pero no trasladado a otro Estado, sino después de transcurrido un tiempo; la duda es a partir de cuándo debe computarse el año; desde que el menor fue desarraigado o desde que el menor fue trasladado efectivamente al territorio de otro Estado.

Sin embargo, cuando el sustractor "…*is hiding the child and may be moving from place to place, the aggrieved parent will often be unable to find the child, or determine the proper court for bringing the action, within the one year period provided*"[948], por lo que es viable considerar que ese tiempo durante el cual el menor estuvo escondido no se podrá computar para sumar el año que abre la posibilidad convencional de no retorno[949]. Así las cosas, éste es uno de los casos que presentan serias dificultades para el cálculo[950].

Ahora bien, el año al que se refiere el CH80 tiene una naturaleza jurídica que impide considerarlo un plazo de caducidad[951] para el ejercicio de la acción de retorno, pues la solicitud de retorno se puede interponer en cualquier momento siempre que el menor no haya alcanzado los 16 años, pero el transcurso del tiempo sí que tiene consecuencias convencionales trascendentales, hasta el punto que puede hacer la diferencia en la resolución para ordenar o denegar el retorno.

Lo que hace el año es cambiar el análisis y a veces el rumbo de la decisión, porque una vez transcurrido abre la ventana que mira a la integración al medio como una excepción al retorno la que no puede considerarse cuando se ha solicitado el retorno antes de transcurrido el año desde la sustracción[952], como bien lo explica Muir Watt cuando sostiene que: "*Le retour n´est bien sûr pas exclu, mais il ne peut plus être ordonné inconditionellement , sans un examen poussé des relations que l´enfant a pu contruire avec le milieu d´accueil – fût-il illicite*"[953].

---

[947] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[948] Sin embargo, cuando el sustractor está escondiendo al menor y se está trasladando de un lugar a otro, el progenitor agraviado con frecuencia estará impedido de localizar el menor y de determinar cuál es la jurisdicción apropiada para incoar la acción dentro del año previsto convencionalmente. BODENHEMER, B., "The Hague Draft..., *Op. cit.,* p.109.
[949] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[950] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[951] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[952] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[953] El retorno no puede ser descartado, pero tampoco puede ser ordenado incondicionalmente, sin antes promover un examen de las relaciones que el niño ha podido construir con su nuevo entorno porque si no sería ilícito el retorno. MUIR WATT, H., "Commentaire sur l'arrêt…, *Op. cit.,* p. 843.

La extensión del plazo es de un año, dejando a salvo las dificultades para localizar al menor[954] y sin posibilidad alguna de interrupción[955]. La finalización del término ocurre para algunos autores con la interposición de la solicitud de retorno ante las autoridades del Estado requerido[956], pero la tesis mayoritaria lo identifica con el día en que se inicia el procedimiento para lograr el retorno del menor, es decir, con la interposición de la demanda ante la autoridad judicial competente[957].

Y es que debe ser ésta última porque si se considera la interposición de la solicitud de retorno en sede administrativa el plazo perentorio de seis semanas que consagra el numeral 2 del artículo 11 empieza a correr inexorablemente y tendrá la autoridad judicial que excusarse de no haber decidido una solicitud de retorno que aún si quiera le ha sido interpuesta[958].

El CH80 cuando consagra en su artículo 12 el inicio del procedimiento y no la fecha de pronunciamiento sobre el retorno, quiso evitar que un eventual retardo procesal o administrativo en la emisión de la resolución terminara atentando contra el interés superior del menor y contra los derechos del progenitor víctima de la sustracción[959] debilitando así la fuerza convencional y su propósito. Por tanto, lo conveniente será siempre la interposición sin dilación de la solicitud de retorno, lo que significa no esperar a nada, sin siquiera pensar en esperar que el sustractor cambie de parecer *motu proprio* o a la espera de concretar un acuerdo entre las partes[960], porque podría terminar siendo una espera inútil además de perjudicial[961], pues siempre habrá un interregno entre la solicitud de retorno ante la AC y el inicio del proceso en el que se deberá decidir sobre el retorno o no del menor. Total, la solicitud de retorno en el marco del CH80 para nada interfiere en la devolución voluntaria del menor o en la suscripción de acuerdos entre las partes.

Entonces, si la solicitud de retorno se ha interpuesto antes de transcurrido el año desde que se produjo la sustracción la autoridad competente debe, en principio, ordenar el retorno, pero el

---

[954] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.* PÉREZ, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[955] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*
[956] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[957] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.* GARCÍA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*
[958] Caso: V.B.M. v. D.L.J. [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56. Referencia INCADAT: HC/E/CA 592. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=592&lng=3&sl=3>.
[959] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo…, *Op. cit.*
[960] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[961] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*

retorno luego de la retención o traslado ilícitos no es indefectible[962], no es de plano[963], porque el mismo CH80 tasa ciertas circunstancias y las eleva a la categoría de excepción convencional al retorno.

Ninguna de las excepciones al retorno opera automáticamente[964], el CH80 deja a la autoridad judicial en la libertad de evaluar y decidir cada caso en particular sin imponerle obligación alguna[965]. Esta disposición "…*a produit des pratiques divergentes dans les Etats parties et son interprétation subit une certaine dynamique du fait des changements intervenant dans la perception du besoin de protection de l´enfant en tant que sujet de droit dans des cas d´enlèvement*"[966].

Al respecto, hay que ser cuidadoso cuando se quieran aplicar, porque de abusarse de ellas se estaría atacando la misma *médula* convencional. Las excepciones por naturaleza son de singular, anecdótica y restrictiva aplicación, pues, no se puede permitir que *saboteen* al eje convencional: el retorno inmediato del menor a su centro vital.

Están contempladas en los artículos 13 y 20 del CH80 y deben ser probadas judicialmente para que sea el Juez quien, una vez valoradas, decida sobre si proceden o no[967] y sólo su aplicación mesurada terminan por darle eficacia el CH80, pues, en tanto y en cuanto sean dosificadas luego de examinar enjundiosamente su viabilidad se honrará el principio rector convencional: el interés superior del menor. Las excepciones al retorno se pueden categorizar así:

a) Integración al medio (artículos 12 y 13 del CH80);

b) En relación con la custodia:

b.1.) Que la persona o institución que se había hecho cargo del menor en el Estado de residencia habitual no ejercía efectivamente la custodia en el momento en que fue

[962] FORNER DELAYGUA, J., "El acceso de…, *Op. cit.*
[963] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[964] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[965] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[966] Ha producido prácticas divergentes en los Estados Partes y su interpretación está experimentando una cierta dinámica debido a cambios en la percepción de la necesidad de protección del niño como sujeto de derecho en los casos de sustracción. BUCHER, A., *L´enfant en droit intertational privé*, Helbig & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 161.
[967] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

trasladado o retenido (artículo 13.a del CH80);

b.2) Que la persona o institución que ejercía efectivamente la custodia del menor en el momento en que éste fue trasladado o retenido había dado su consentimiento para el traslado o retención (artículo 13.a del CH80);

b.3) Que la persona o institución que ejercía efectivamente la custodia del menor en el momento en que éste fue trasladado o retenido había aceptado el traslado o retención (artículo 13.a del CH80);

c) Grave riesgo:

c.1) Que exista un grave riesgo de que la restitución represente para el menor una exposición a un riesgo físico o psíquico (artículo 13.b del CH80),

c.2) Que exista un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a una situación intolerable (artículo 13.b del CH80);

d) Oposición del menor: se decidirá el no retorno del menor cuando éste se oponga el mismo y haya alcanzado tal edad y madurez que haga adecuado tomar en cuenta su parecer (primer aparte del artículo 13 del CH80)

e) Oposición fundamentada en el Derecho interno del Estado requerido (artículo 20 del CH80)

a) Integración al medio:

Si ya ha pasado el año referido en el artículo 12 ordena su primer aparte que la autoridad también deberá ordenar el retorno, salvo –y es aquí donde se abre el compás excepcional- que quede comprobado que el menor ya se ha integrado a su nuevo entorno.

En conséquence, le dèlai d´un an ètait expiré en l´ocurrence et il ètait loisible au parent-kidnappeur de démontrer que l´enfant et désormais integré dans son nouveau milieu[968]; por consiguiente, la carga probatoria de que el plazo ha expirado y de que el menor se ha integrado a

[968] En consecuencia, la expiración del plazo de un año desde que se verificó la sustracción abre la posibilidad al progenitor sustractor de demostrar que el niño se ha integrado a su nuevo entorno. MUIR WATT, H., "Commentaire sur l'arrêt…, *Op. cit.,* p. 843.

su nuevo entorno -con el propósito de abrir la posibilidad de no retorno- le corresponde al sustractor o a la persona que se opone al retorno[969], y el Juez es el encargado, con su potestad discrecional, de ordenar o no el retorno[970].

Para establecer la integración o no al nuevo entorno no se han precisado los elementos que una vez verificados permitan llegar fácilmente a una conclusión; incluso, en el análisis que de la jurisprudencia se hace en INCADAT se pone de manifiesto esta *dificultad interpretativa*, que redunda en un *collage* de criterios y, en consecuencia, de decisiones, cuando se describen criterios disímiles para establecer esa integración.

Así se encuentran decisiones que exigen que la integración sea multidimensional: física, psicológica, emocional[971] y no consiste solamente en probar, por ejemplo, que el menor habla el idioma de su nueva ubicación geográfica, porque esa circunstancia puede ser la consecuencia instintiva de mimetizarse o de sobrevivir en un nuevo medio en el que si no habla el mismo idioma no logra la satisfacción de sus necesidades; además, los menores tienen gran capacidad para adaptarse a los cambios lo que no implica necesariamente integración[972], la que sí se verificaría con en una relación dinámica, armónica y segura con la nueva comunidad y el nuevo ambiente, que comprende a su vez la relación con sus nuevos amigos, vecinos, compañeros de estudio[973].

Además, debe analizarse con suma prudencia la razón de la integración, porque dejar que pase el año al que se refiere el texto convencional es relativamente fácil para el sustractor quien puede lograrlo escondiendo al menor y así el solo transcurso del tiempo le puede facilitar su cometido: argüir el transcurso del año, probar la consecuente adaptación -a juro- del menor y valerse del foro por él escogido. Debido a ello, se ha sugerido que ese tiempo durante el cual el menor estuvo escondido no se compute a los efectos de analizar la denegación del retorno[974] y así lo evidencian varias decisiones que han ordenado el retorno incluso luego de transcurridos

[969] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.* PÉREZ, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[970] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[971] Caso: Re N. (Minors) (Abduction) [1991] 1 FLR 413. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 106. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=106&lng=3&sl=3>.
[972] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*
[973] Caso: Re N. (Minors) (Abduction) [1991] 1 FLR 413. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 106…, *Op. cit.*
[974] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

cuatro[975] y hasta siete[976] años desde que se produjo la sustracción.

En Estados Unidos algunas cortes exigen para considerar esta excepción convencional "(…) *children consistently attending school, establishing a social life, and the parent maintaining stable employment*"[977].

También la integración al medio puede ser consecuencia del retardo judicial que en sí mismo representa un *secuestro judicial* o *judicial kidnapping*[978] o de manipulaciones procesales[979] conocidas como abuso de los procesos[980], porque la interposición inoficiosa de recursos contra la decisión de retorno propende a que se cumpla el plazo de un año, abriendo así la compuerta excepcional.

Lo justo sería que el retardo imputable a las autoridades que no al solicitante no debería tener consecuencias en la aplicación del texto convencional y ordenarse el retorno porque de lo contrario el retardo procesal siempre premiará al sustractor[981]. Por ello, ese retardo no debería afectar la obligación de retorno automático[982].

Esta postura es entendible porque si no las acciones y omisiones estatales repercutirían perjudicialmente en los derechos de las personas amparadas convencionalmente[983], pero no se

---

[975] Caso: Re C. (Abduction: Settlement) (No 2) [2005] 1 FLR 938. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 815. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=815&lng=3&sl=3>.
[976] Caso: J.E.A. v. C.L.M. (2002), 220 D.L.R. (4th) 577 (N.S.C.A.). Referencia INCADAT: HC/E/CA 754. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=754&lng=3&sl=3>.
[977] Que los niños asistan normalmente a la escuela, que estén inmersos en un entorno social y que el progenitor cuente con un empleo estable. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op cit.*, p. 15.
[978] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "La aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en la República Argentina: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 1995", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1995, pp. 525-527.
[979] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, *Op. cit.*
[980] Que consiste en la interposición de recursos con un exclusivo ánimo dilatorio, y que es denominada así por García de Enterría citado por GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "La aplicación del…, *Op. cit*, p. 527.
[981] Tal como lo reseña GARCÍA CANO, cuando acusa el retardo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Mora por haber requerido de seis meses para resolver el recurso de apelación porque "con este incumplimiento procesal terminó por legalizar la acción unilateral, ilícita y fraudulenta de la progenitora sustractora en España, pues el menor probablemente a la fecha de la resolución ya se encontraba integrado en nuestro país". GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit*, p. 304.
[982] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 134-152. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5955>.
[983] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "La aplicación del…, *Op. cit.* GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*

puede obviar que es deber de la autoridad dimensionar las consecuencias que ahora traería consigo un retorno luego de transcurrido tanto tiempo desde que se verificó la sustracción, porque no puede soslayar el análisis del interés superior del menor que priva sobre una orden de retorno decidida en abstracto. Porque, hay que ser empático y detenerse a analizar el caso concreto antes de aplicar normas en abstracto, y no puede tener los mismos efectos un retorno inmediato, entendido como aquel ordenado y ojalá ejecutado antes de transcurrido el año, que un retorno ordenado por la fuerza convencional tras cumplirse el año o más, pero sin tomar en consideración las implicaciones subjetivas en el menor de un retorno que puede convertirlo en víctima de otro traslado; esta vez un traslado ordenado judicialmente, cuya licitud no se duda, pero que no toma en cuenta el interés superior del menor.

b) En relación con la custodia:

b.1.) Que la persona o institución que se había hecho cargo del menor en el Estado de residencia habitual no ejercía efectivamente la custodia en el momento en que fue trasladado o retenido (artículo 13.a del CH80): si bien es cierto que el texto convencional no contempla una definición de ejercicio efectivo de la custodia Pérez Vera[984] asegura que debe entenderse a la luz del artículo 5.a, como el cuidado de la persona del menor y el poder de decidir sobre su lugar de residencia, así debe entenderse que el CH80 se refiere a que el titular de la custodia cuidaba del menor así no conviviera con él -por razones justificantes como la permanencia por estudios en un lugares distintos, entre otras- así la autoridad judicial deberá decidir *in casu* sobre si la custodia se estaba o no ejerciendo de manera efectiva en el momento en que antecedió la sustracción; esto es, si se ejercía de hecho ese cuidado[985].

Se trata de una circunstancia de hecho que no es tan fácil de determinar en todos los casos; por ello, hay que establecer la efectividad, atender a los actos concretos y derechos que podía ejercer el progenitor sustractor. Porque, puede presentarse el caso de que la sustracción misma haya impedido el ejercicio de la custodia, en la medida en que se produjo inmediatamente después de organizada y atribuida[986].

[984] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[985] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[986] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*

Pudiera pensarse que la prueba del ejercicio efectivo recae en el solicitante del retorno, porque debería dejar constancia para activar los mecanismos convencionales de tal circunstancia, pero basta con que asome en la solicitud alguna indicio del ejercicio efectivo[987], debido a que el CH80 presume que el titular de la custodia la ejerce[988]; de modo que, la carga probatoria de lo contrario recae en el demandado (sustractor)[989] que se opone al retorno, pues si lo logra comprobar, no procederá el retorno. Por la simple pero contundente razón de que no se trató de una sustracción en los términos perturbadores de la custodia que regula el CH80[990].

b.2) Que la persona o institución que ejercía efectivamente la custodia del menor en el momento en que éste fue trasladado o retenido había dado su consentimiento para el traslado o retención (Artículo 13.a del CH80) o había aceptado el traslado o retención (artículo 13.b del CH80): ese consentimiento o aceptación al traslado o retención cambian todo el panorama e impiden activar los mecanismos convencionales, porque no se trata entonces de una retención o traslado ilícitos. El consentimiento o aceptación tienen efecto *legitimador* la diferencia de supuestos es temporal: el primero legitima *a priori* la segunda legítima *a posteriori.* Jurisprudencialmente, se ha establecido que el consentimiento ha podido ser otorgado de manera expresa o tácita, pero no debe quedar duda de que fue cierto[991], tal prueba del consentimiento o aceptación recaerá en cabeza del que se opone al retorno. Así, una vez comprobados el uno o la otra hay serios e insoslayables impedimentos para valorar la retención o traslado como ilícitos y como no tienen tal categoría *escapan* a los objetivos convencionales; así, la solicitud de retorno no puede prosperar.

Pero, en este punto, no son pocas las aristas que se asoman en el análisis judicial, porque no basta un superficial estudio, hay que verificar el alcance del consentimiento o aceptación, pues, sobre todo en casos de custodia compartida cuyos acuerdos tienen la tendencia a acortar plazos de estancia alternativa cada vez más amplios, la determinación de la vigencia

[987] *Ibídem*
[988] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[989] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[990] *Ibidem*
[991] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

y alcance de un consentimiento o aceptación no resulta precisamente fácil[992].

Algunas cortes en Estados Unidos:

> *To establish acquiescence or consent, courts have required acts or statements with requisite formality, such as testimony in a judicial proceeding, a convincing written renunciation or rights, or a consistent attitude over a significant period of time. The absence of any meaningful effort to obtain return of the child has been found by some courts to be sufficient to establish the exception*[993].

c) Grave riesgo

c.1) Que exista un grave riesgo de que la restitución represente para el menor una exposición a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable (artículo 13.b del CH80): esta excepción resguarda, en mi sentir, aún más el interés superior del menor, porque no se trata de ordenar el retorno del menor sin ninguna otra consideración. El interés convencional no es el retorno por el retorno; es el interés del menor, que en principio se asimila convencionalmente al retorno a su centro vital[994] el que debe ser no sólo inmediato sino también seguro[995]. Y esa característica de seguro ha suscitado profusas deliberaciones en prácticas que se han caracterizado en retornos automáticos sin entrar a establecer ni considerar importantes realidades como la violencia de género[996].

Pero hay que tener en cuenta que "*Courts have indicated that the defense was not intended to be used as a vehicle to litigate (…) place the child where he or she would be happiest*"[997], no se trata entonces de determinar las *coordenadas* de su mayor felicidad sino de restringir el análisis a las consecuencias del retorno. Pues, de comprobarse que tal reintegro lo expone a un grave riesgo

---

[992] JIMÉNEZ BLANCO, P., "Modificación del régimen de visitas y solicitud de salida del menor de España, Jurisprudencia", en *Anuario español de derecho internacional privado*, Tomo V, IPROLEX, 2005, pp. 960-970.

[993] Para establecer el consentimiento o aceptación las cortes requieren de actos o manifestaciones con ciertas formalidades tales como testimonios en procedimientos judiciales, una renuncia inequívoca de derechos. La ausencia de cualquier esfuerzo significativo para lograr el retorno del menor ha sido considerado por algunas cortes como suficiente para establecer la excepción. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op. cit.,* p. 13.

[994] MIRALLES SANGRO, P. "Algunos inconvenientes jurídicos…, *Op. cit.* GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.* GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit*. GOICOECHEA, I. "El Convenio de…, *Op. cit.,* p. 260.

[995] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*

[996] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de…, *Op. cit.*

[997] Las Cortes han indicado que la intención de la excepción no es usarse como medio para discutir el lugar donde el niño sea más feliz. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op. cit.,* p. 16.

de sufrir un daño en las dimensiones contempladas convencionalmente o a una situación intolerable no debería ordenarse, tal denegación se basa igualmente en el interés superior del menor[998].

Ahora bien, para establecer el contenido y alcance del concepto grave riesgo o situación intolerable debe el Juez adelantar una labor interpretativa cuidadosa, porque se trata de conceptos jurídicos indeterminados pues el CH80 no se dio a la tarea de conceptualizarlos por lo que deja a las autoridades competentes de resolver el retorno en una amplia libertad interpretativa[999] que si no se adelanta resguardando los propósitos convencionales terminará por arruinar la intención convencional o protagonizando nacionalismos judiciales, ambos perjudiciales para la protección internacional del menor.

La jurisprudencia ha sido enfática cuando asegura que el solo alegato no basta para denegar el retorno, hay que probar inequívocamente la existencia[1000] del peligro y consecuente daño; por tanto, las pruebas deben ser sólidas; además, la prueba de tales riesgos debe relacionarse directamente con el bienestar del menor, porque mal puede denegarse el retorno, pues es probable que el retorno afecta a los familiares del menor que no a él, así se le ha dado, en general, una interpretación restrictiva a esta excepción[1001].

El término grave obliga a mesurar los alegatos y las pruebas, porque debe entenderse que los retornos no están exentos de dificultades y consecuencias emocionales para el menor, pero no por ello hay que denegarlo, se debe tratar de graves peligros para el menor entrañados en el retorno no así en la separación del menor con su sustractor, pues de llegar a denegarse el retorno sobre la base de que el menor es tratado adecuadamente por el sustractor y que no corre peligro con él, se estaría atentando contra la letra convencional, se denegaría el retorno, con fundamento en una circunstancia no tasada convencionalmente, y legitimando vías de hecho[1002].

---

998 GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid…, *Op. cit.*
999 GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de.., Op. cit*.
1000 "La restitución será ordenada por los tribunales si la amenaza no se presenta como particularmente considerable, tangible e inmediata", HÜBTEGE, R., "El artículo 13 (I) B) del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores a la luz de la práctica judicial", p. 23, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, en *Boletín de los Jueces*, Tomo XI, 2006, pp. 23-25.
1001 GARCÍA CANO, S., *Protección del menor…, Op. cit.*
1002 MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit*.

Además, un alegato que se fundamente en un leve perjuicio para el menor, como, por ejemplo, que el reintegro le generará alguna consecuencia leve para su salud como puede ser un catarro producto del cambio de temperaturas no es un argumento de tal entidad como para denegar el retorno[1003].

También hay que probar la actualidad del daño, esto es, que de ordenarse el reintegro del menor éste inexorablemente sufrirá un daño, poco importa, la situación que vivía el menor antes de la sustracción, lo que debe evitarse el que el retorno le signifique un daño al menor[1004]. "*Une source de danger peut résulter par ailleurs de la situation générale régnant dans le pays de la résidence habituelle de l´enfant*"[1005]; por ejemplo, han sido reiteradas las negativas a retornar al menor a países que se encuentran en guerra[1006], sufren hambruna o epidemias graves contagiosas o cuyas condiciones de vida resultarían intolerables para el menor[1007] no así a países donde frecuentemente hay ataques terroristas o acechados y golpeados por catástrofes naturales[1008].

Además, el análisis de esta excepción puede atender a condiciones exclusivas del menor o sobre la idoneidad de la persona a la que debe retornar, y en algunos casos se trata de un análisis que deba comprender ambas dimensiones.

La carga probatoria de actual y peligroso daño le corresponde a quien lo alega y se opone al retorno sobre la base de tal alegato[1009], tal obligación la establece expresamente el CH80 cuando en la redacción de la excepción se refiere a que debe demostrarlo. Los informes sociales que se puedan allegar al proceso resultan clave para ilustrar al Juez, en consecuencia, éste los puede solicitar, pero se debe prever que su preparación y remisión pueden demorar la toma urgente de

---

[1003] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[1004] *Ibidem*

[1005] Una fuente de daño puede resultar de la situación general que reine en el Estado de residencia habitual del menor. BUCHER, A., *L´enfant en…, Op. cit.,* p. 164.

[1006] Un ejemplo es el caso que relacionaré donde si bien denegaron el retorno sobre el argumento de que el menor ya no tenía su residencia habitual en Israel, también es cierto que dentro de las motivaciones el tribunal advirtió que también hubiera sido procedente por el grado de desorden público que representaba vivir en ese país. Caso: Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313. Referencia INCADAT: HC/E/USf 481. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=481&lng=3&sl=3>.

[1007] Como Israel o Zimbawe. Caso: Kilah v. Director-General, Department of Community Services [2008] FamCAFC 81. Referencia INCADAT: HC/E/AU 995. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=995&lng=3&sl=3>.

[1008] "La restitución será ordenada por los tribunales si la amenaza no se presenta como particularmente considerable, tangible e inmediata", HÜBTEGE, R., "El artículo 13 (I) B)…, *Op. cit.*, p. 23.

[1009] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*

medidas en torno al retorno del menor[1010].

Al considerer "…*the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child´s habitual residence*"[1011] y no hay que reparar en las condiciones de bienestar del menor en el Estado refugio.

En el ámbito comunitario esta excepción ha quedado seriamente condicionada y limitada por el numeral 4 el artículo 11 del R2201/2003 que consagra:

> Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

Así, no podrá negarse el retorno, pues al tratarse de una sustracción intracomunitaria, si se han acordado esas medidas adecuadas que se conocen con el nombre de *undertakings*[1012]*, engagements*[1013]*, safe harbour orders o mirror orders*[1014]. Todas, garantistas del interés superior del menor, es decir, que aseguran el retorno del menor en los términos convencionales y minimizan las probabilidades de que el menor sufra un daño físico, psíquico o se le exponga a una situación intolerable a propósito del mismo y pueden traducirse en los llamados compromisos, condicionamiento o garantías[1015], cuya ejecución depende, en la mayoría de los casos, del progenitor que solicitó el retorno y que pueden versar, por ejemplo, en trasladar o permitir el traslado del menor al país donde el otro progenitor puede ejercer efectivamente el derecho de visita[1016]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido en su jurisprudencia

---

[1010] *Ibidem*

[1011] Al considerar las circunstancias referidas en este artículo las autoridades judiciales y administrativas tomarán en cuenta la información relativa al historial social del menor proporcionado por la AC u otra autoridad competente de la residencia habitual del menor. DYER, A., "International child abduction…, *Op. cit*., pp. 262-263.

[1012] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[1013] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.*

[1014] PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La…, *Op. cit.*

[1015] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*

[1016] "Tales medidas son relativamente frecuentes en la práctica anglosajona y, como tales, son desconocidas en el sistema continental europeo. Los `condicionamientos o garantías´ más usados para la restitución del menor son los denominados undertakings o engagements que consisten en promesas generalmente hechas por el solicitante de la restitución para garantizar el bienestar del menor y su retorno seguro al Estado de su residencia habitual anterior. Pueden ofrecerse voluntariamente o pueden solicitarse por el tribunal del Estado de la sustracción, como condición de la restitución. Asimismo, las safe harbour orders (u ordonances de sauf-conduit) son medidas de protección sobre el menor o sobre su acompañante que se solicitan ante los tribunales del Estado de origen, siendo el solicitante

la necesidad de ordenar medidas de protección cuando se ordene la restitución del menor[1017].

Sobre esta naturaleza de medidas ya se habían pronunciado los Estados parte, cuando en la Tercera reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores Estados Unidos y Australia las habían propuesto sobre la base de su buena experiencia. Sin embargo, se consideraron inconvenientes[1018], o mejor, riesgosas porque podían terminar por promover la sustracción internacional como mecanismo para que el progenitor custodio accediera a condiciones exigidas e impuestas por el progenitor sustractor[1019]. Pero, por vía del R2201/2003 han terminado incorporadas lo que ha derivado en el fortalecimiento del propósito del CH80.

Hay quienes exponen sus reservas sobre estas medidas porque implican cierta desconfianza hacia las autoridades del Estado de origen[1020], recelo que es incompatible en el marco de comunidades jurídicas como la europea y la derivada del CH80. Pero, también, se reconoce que la adopción de estas medidas permite que se retorne al menor y que procedan menos excepciones al retorno con fundamento en el literal b) del artículo 13 CH80 tal como lo impone el R2201/2003;

---

normalmente el secuestrador; un subtipo de estas medidas son las mirror orders (ordonnances `mirroirs´), cuyo contenido refleja los `condicionamientos´ adoptados por los tribunales del Estado de la sustracción. Las ventajas de estas últimas medidas respecto de los undertakings son evidentes, en la medida en que evitan un problema de reconocimiento y de ejecución en el Estado al que el menor debe ser restituido. Desde el punto de vista competencial, tampoco plantearían mayores problemas, dada la competencia general de los tribunales de la residencia habitual anterior (sic) del menor para adoptar cualquier medida sobre el mismo (los tribunales que tienen competencia para el fondo, también la tiene para adoptar medidas provisionales". JIMÉNEZ, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.* p.88.

[1017] CELIS AGUILAR, M. "El papel controversial…, *Op. Cit.*

[1018] "El principal problema que plantean los *undertakings* es su `equivalencia´ con figuras propias de países de Derecho civil. Tal es el caso del compromiso (unilateral) del solicitante de no perseguir penalmente al secuestrador en el Estado de origen, el compromiso de no apartar al niño de la guarda del secuestrador mediante la solicitud de guarda provisional para sí mismo; las promesas de iniciar un nuevo proceso sobre la custodia en el Estado de origen para resolver la custodia; o las promesas de no intentar ejecutar la decisión de custodia que el solicitante de la restitución haya podido obtener después de la sustracción." JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit*., p.89. Un ejemplo de estas medidas es el descrito en el marco del proceso que se siguió en el Caso: Sylvester v. Austria: "Conforme a la decisión de la Corte Suprema, se devolvieron las actuaciones al Tribunal Civil de Distrito de Graz. El 23 de abril de 1997, el Tribunal de Circuito de Oakland dictó una orden de "puerto seguro" ("*safe harbour" order*), válida hasta el 21 de octubre de 1997, que establecía, entre otras cosas, que mientras estuviera en trámite la determinación de la custodia en un proceso sumario, el padre no ejercería su derecho a la custodia exclusiva de la menor; la menor viviría con su madre; el padre se comprometería a cubrir sus gastos de vida; y la orden de arresto en contra de la madre sería descartada tan pronto como ella y la menor abordaran un vuelo directo a Michigan". Caso: Sylvester v. Austria nos. 36812/97 and 40104/98, (2003) 37 E.H.R.R. 17. Referencia INCADAT: HC/E/ 502. Disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/502?summlanguage=es#summary-part>

[1019] BORRÁS, A., "Conferencia de La…, *Op. cit.*

[1020] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit*. "Extensas condiciones a la restitución menoscaban la cooperación porque implican falta de confianza en los sistemas judiciales y de bienestar social de la contraparte". RUCKMAN, K., "Los compromisos como…, *Op. cit.*, p. 29.

de ahí que, son convencionalmente factibles no solo por esa razón sino porque el artículo 34 del CH80 que consagra el principio de no exclusividad del Convenio las viabiliza[1021]. Sin embargo, serían incompatibles con el CH80 si se condiciona a ellas el retorno del menor sin que se haya asomado siquiera la posibilidad de denegar el retorno por no haberse configurado en el caso concreto alguna de esas causas, pretendiendo así fiscalizar al Derecho del Estado de origen[1022], pues sería tanto como empañar de desconfianza al CH80.

Una de las principales bondades de los condicionamientos es que permiten retornos que de otra manera se hubiesen denegado, sobre todo, en casos en los cuales ha quedado demostrado el riesgo que comporta el retorno para el menor, porque dan tranquilidad y certeza a la autoridad judicial su devolución no perjudicará al menor. Sin embargo, de no mesurarse adecuadamente pueden resultar en precondiciones onerosas, demoras perjudiciales, intromisiones en relación con la custodia o la obligación alimentaria y en controles al Derecho interno del Estado requirente.

La AC de Estados Unidos ha reseñado algunos casos donde los condicionamientos son además de exagerados onerosos, lo que desnaturaliza su propósito y atenta contra el propósito convencional *a priori*, porque, en la medida en que son precondiciones, demoran el retorno hasta que no sean cumplidas. Tales son las exigencias que han impuesto algunas autoridades judiciales de Australia, Israel y Sudáfrica: un carro para el sustractor, el pago de los honorarios del abogado del progenitor sustractor en Estados Unidos, el pago de un auxilio económico al progenitor sustractor que luego del divorcio se volvió a casar, la visa de entrada al progenitor sustractor, entre otras[1023]. Los precondicionamientos al retorno así exigidos se convierten en una recompensa o rescate que debe pagar el solicitante para el retorno de su menor hijo, lo que termina por convertir a la sustracción en una fuente de financiamiento para el sustractor.

Este tipo de garantías o condicionamientos es incompatible con el CH80; de allí la resistencia de algunos Estados por incorporarlas a su práctica. La autoridad judicial debe tener sumo cuidado porque hay un *border line* entre las condiciones que garantizan que el retorno inmediato del menor será seguro para él y aquellas que ponen en *jaque* al progenitor solicitante en beneficio patrimonial del progenitor-sustractor, toda una distorsión convencional porque en virtud

[1021] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*
[1022] *ibidem*
[1023] RUCKMAN, K., "Los compromisos como…, *Op. cit.*

del artículo 26 se espera que los gastos a propósito de la sustracción y eventual retorno sean sufragados por la persona que propicio tal situación: el progenitor sustractor[1024].

Así que, de acuerdo al el alcance e índole de los condicionamientos serán respetuosos o no del CH80 y de la tolerancia y confianza mutua entre los Estados protagonistas de esa comunidad jurídica: serían condicionamientos razonables y concordantes con el ánimo convencional, por ejemplo: "alejamiento provisional del titular de la custodia, un sustento económico del secuestrador para que pueda regresar con su hijo al proceso de origen y la garantía de la guarda del niño por el secuestrador hasta que se resuelva el fondo de la custodia"[1025], mientras que no lo serían retornos condicionados a que los tribunales del Estado al que se ha retornado al menor entren a considerar temas de persecución penal del sustractor o causas de privación de la custodia, desde todo punto de vista unos condicionamientos de esta naturaleza son inadmisibles e invasores de la competencia de aquellos tribunales[1026].

En punto de la situación intolerable no se puede negar el retorno, por ejemplo, sobre la consideración de que no es conveniente la separación de los hermanos, porque hace alusión directa a la custodia, pero este argumento sí tendría cabida convencional sólo si sirve para establecer que el retorno del menor lo expondría a una situación intolerable. Así, que no siempre es fácil pronunciarse sobre el retorno o no del menor sin *invadir* la competencia que para pronunciarse sobre el fondo del asunto tienen las autoridades del Estado requerido[1027].

Otro *inconveniente* -y esta vez subyacente- que reconoce Jiménez Blanco en esta excepción es que puede constituir un velado control al "sistema del Estado de origen"[1028], porque permite que el Juez proyecte la situación del menor en el Estado de origen a su retorno, y si de esa proyección se deduce que no será la mejor puede denegarse el retorno, tal análisis comprende en algunos casos el Derecho sustantivo interno del Estado de origen y a veces su Derecho adjetivo[1029].

[1024] RUCKMAN, K., "Los compromisos como…, *Op. cit.*
[1025] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit,* p. 93.
[1026] *Ibidem*
[1027] JIMÉNEZ BLANCO, P., "Modificación del régimen…, *Op. cit.*
[1028] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.,* p.104.
[1029] Jiménez relaciona como ejemplo la sentencia que declaró la "Retención ilícita, pero restitución denegada; se había cumplido la excepción del artículo 13, apartado 1, letra (b) en la medida exigida en virtud del Convenio. El hecho de que a la madre se le había negado el ingreso a los Estados Unidos constituyó un riesgo grave que colocaría al menor en una situación intolerable si era restituido solo.". JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.,* p.105. Caso: State Central Authority of Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne). Referencia

Es cierto que tal control no es evidente del texto convencional; por eso, se concreta por la vía excepcional del literal b del artículo 13 porque es la causa de denegación del retorno "más flexible y abierta"[1030].

d) Oposición del menor: se denegará el retorno del menor cuando éste se oponga al mismo y haya alcanzado tal edad y madurez que haga adecuado tomar en cuenta su parecer (primer aparte del artículo 13 del CH80): esta excepción al retorno atiende al derecho del menor a ser oído consagrado en tanto en instrumentos jurídicos internacionales como en el ordenamiento jurídico interno de España[1031], Colombia[1032] y Venezuela[1033]; es la oportunidad que convencionalmente se le da a los

INCADAT: HC/E/AU 283. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=283&lng=3&sl=2>.

[1030] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*, p.104.

[1031] 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. Artículo 9. Derecho a ser oído. 1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos". Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>.

[1032] CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CIA. Artículo 26: "Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta". Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html#26>.

[1033] ASAMBLEA NACIONAL. LOPNNA. Artículo 80: Derecho a opinar y a ser oído y oída. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés. b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional. Parágrafo Primero. Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior. Parágrafo Segundo. En los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño, niña o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. En los casos de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales o discapacidad se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión. Parágrafo Tercero. Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, niña o adolescente, éste se ejercerá por medio de su padre, madre, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño, niña o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión. Parágrafo Cuarto. La opinión del niño, niña o adolescente sólo será vinculante cuando la ley así lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales"

menores para que sean los "intérpretes de su propio interés"[1034]. En vez de considerar una edad a partir de la cual fuese necesario y conveniente oír al menor, las discusiones que llevaron a la aprobación de este artículo se zanjaron dejando en libertad a la autoridad competente -judicial en los casos español, colombiano y venezolano- para que oyera el menor y estableciera cuándo en razón de su edad y madurez resulta apropiado tomar en cuenta tal parecer[1035] para adoptar la decisión acerca del retorno o no. Tarea nada fácil.

En este punto, la autoridad judicial queda, según algunos autores, en libertad de considerar la opinión del menor o no[1036]; pero si decide oírlo deberá fundamentar su decisión en una serie de elementos. Y para otros es insoslayable este deber judicial en resguardo de los derechos fundamentales del menor, así lo que será facultativo será tomar en cuenta o no la opinión en virtud de su edad y madurez, pero será deber oír al menor.

Hay que exaltar que la teleología convencional en este caso no pretende conocer la voluntad del menor acerca de su permanencia en el Estado de la sustracción sino sobre su retorno, así no debería fundamentarse la denegación en la voluntad del menor de quedarse en el Estado de refugio o de permanecer bajo el cuidado del sustractor[1037].

La ponderación en este caso de la edad y grado de madurez del menor es vital porque el Juez tiene la delicada tarea de develar cualquier atisbo de manipulación sobre la voluntad del menor o "coacciones `orientadoras´ de su voluntad"[1038]. Además, debe sopesar que a veces la negativa del menor se refiere al retorno a una persona que no a un país[1039], también el menor puede oponerse

---

[1034] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit,* p. 7.
[1035] *Ibídem*
[1036] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[1037] JIMÉNEZ BLANCO, P., Litigios sobre la…, *Op. cit.* Caso CA Grenoble, 29 mars 2000, No de RG 00/00797. Referencia INCADAT HC/E/FR 274. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=274&lng=3&sl=3>. Caso: TGI Niort, 9 janvier 1995, Procureur de la République c. Y. Referencia INCADAT: HC/E/FR 63. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=63&lng=3&sl=3>.
[1038] LOWE, N., *Informe del Foro*…, *Op. cit.,* p. 12. MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.* p. 100.
[1039] "El artículo 13 no prohíbe al tribunal considerar las objeciones de un menor a regresar con uno de sus progenitores. Sostener lo contrario sería no tener en cuenta el Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989. Sin embargo, un tribunal tiene que estar atento para determinar y estimar las razones para que el menor no desee regresar al progenitor que vive en el estado de residencia habitual. Si la única objeción es la preferencia del menor de estar con el padre sustractor que no desea regresar, este será un factor sumamente importante en el ejercicio del poder discrecional. El tribunal tiene que determinar la capacidad del menor para entender la situación y si tiene razones válidas para no regresar". Caso: Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390. Referencia INCADAT: HC/E/UKe 56. Disponible en:

al retorno, porque eso supone la separación con el sustractor y éste puede utilizar esa circunstancia para mantener en *jaque* al menor[1040], pues la sola renuencia del sustractor a regresar al Estado de origen no puede ser valorado como una "factor relevante de riesgo"[1041]. Para este caso, González Belfiuss[1042] cita las palabras del Butler-Ross de la *English Court of Appeal*:

> Uno de los factores de la decisión que reviste mayor importancia es el efecto que produce una decisión que deniegue la solicitud [de retorno] formulada al amparo del Convenio en virtud de la negativa de la madre a retornar por razones propias y no relativas al bienestar del niño. ¿Es justo que un progenitor cree una situación de grave riesgo psicológico y luego se prevalga de la misma? Si el grave riesgo de daño psicológico hubiera de depender de la conducta del progenitor que lo sustrajo, lo alegaría toda madre de un niño de corta edad que lo hubiera trasladado fuera de su residencia habitual y se negara a retornar. Admitir esto supondría minar el Convenio al menos en lo que respecta a su aplicación a niños de corta edad. En mi opinión, esto no respondería a los intereses de las relaciones internacionales.

Y es que el sustractor pudiendo regresar al Estado requirente no lo hace simplemente por voluntariedad[1043], pero es tal la variedad y complejidad de casos que hay que considerar decisiones que han negado el retorno del menor cuando ha sido la progenitora la que no quiere regresar al Estado requirente -pudiendo hacerlo-, porque ha sido víctima de cruenta violencia por parte del progenitor y se ha considerado inconveniente que el menor regrese solo[1044], pues, le significaría un grave daño psicológico la separación con su señora madre y la convivencia con su progenitor le expondría a una situación intolerable en los términos del artículo 13.b del CH80.

Como si no fuera ya arduo determinar todo lo relacionado anteriormente, la autoridad debe desentrañar si el menor dimensiona o no las consecuencias de su retorno o no retorno al Estado

---

<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=56&lng=3&sl=3>. Así mismo se reconoce en la reunión de la Comisión Especial de 2011 cuando se admite que "Un elemento importante radica en que el retorno no significa que vuelva con el progenitor violento". BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit*.

[1040] "(…) la finalidad del Convenio [CH80] no es cambiar la situación anterior al traslado, y en un caso como el planteado, la madre debería tener la posibilidad fáctica de regresar con el niño a la residencia habitual. En caso de que la madre voluntariamente decida no regresar, nos encontraríamos con una situación de chantaje emocional, donde el sustractor pretende imponer su voluntad por las vías de hecho (…)", GOICOECHEA, I. "El Convenio de…; *Op. cit.,* p. 258.

[1041] GILLEN, J., "El Convenio de…, *Op. cit.,* p. 20.

[1042] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Comentario que hace al Auto Aud. Prov. de Zaragoza…, *Op. cit.,* p. 232.

[1043] "En suma, el argumento según el cual la orden de reintegro implica que el padre no podrá volver a tener contacto con su hijo no parece ajustarse a la normatividad internacional aplicable al caso. Cosa distinta es que el señor Salazar no quiera regresar a los Estados Unidos, lo que no constituye razón suficiente para privar a la madre y al niño de su derecho fundamental a no ser separados". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de…, *Op. cit*.

[1044] Caso: N.P. v. A.B.P., 1999 R.D.F. 38 (Que. C.A.). Referencia INCADAT: HC/E/CA 764. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=764&lng=3&sl=3>.

requirente[1045], y para ello se debe garantizar el derecho del menor a ser informado de que la manifestación de su voluntad en este caso no tendrá efectos sobre la custodia sino sobre el retorno[1046]. En suma, amén de delicada, la labor judicial en este supuesto excepcional es superlativamente difícil.

Finalmente, hay que explicar que el Juez puede recabar la opinión del menor de diversa manera: por medio de los informes psicosociales que, sin ser vinculantes, ilustran las decisiones judiciales[1047]; por medio de las informaciones suministradas por las partes en contención o por la misma AC[1048] y directamente del menor, pero si decide hacerlo así deberá ser supremamente cuidadoso y tener tacto para no generar efectos contraproducentes en el menor que puede quedar desconcertado y sufrir trastornos al verse precisado a decidir entre un progenitor o el otro[1049].

e) Oposición fundamentada en el Derecho interno del Estado requerido (artículo 20 CH80): la restitución del menor puede denegarse argumentando, sobre la base del artículo 20 del CH80. Y basta con que el Estado requerido arguya que los baluartes fundamentales de su existencia como Estado en temas de derechos humanos y libertades fundamentales no la permiten.

La ubicación dentro del texto convencional (fuera y lejos del artículo 13 que contempla las demás excepciones al retorno) la hace merecedora de un tratamiento diferente al de aquellas[1050], por eso dársele un carácter y aplicación realmente excepcional[1051].

> *An analysis performed by the United States State Department claims that Article 20 was meant to be "restrictively interpreted and applied…on the rare occasion that return of a child would utterly shock the conscience of the court or offend all notions of due process. Courts which have ruled against application of the Article 20 defense have cited the State Department´s analysis to support a strict reading of Article 20*[1052]

[1045] JIMÉNEZ BLANCO, P., "Modificación del régimen…, *Op. cit.*
[1046] JIMÉNEZ, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*
[1047] TOMAS ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos…, *Op. cit.*
[1048] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[1049] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[1050] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[1051] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[1052] Un análisis realizado por el Departamento de Estado de Estados Unidos afirma que el artículo 20 tenía la intención de ser aplicado e interpretado restrictivamente…en la rara ocasión de que el regreso de un menor podría ofender la conciencia de la corte y las nociones del debido proceso. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention…, *Op. cit.,* p. 21.

Esta excepción representa una cláusula limitada de orden público[1053] y permite que se deniegue la restitución sobre la base de argumentos exclusivamente jurídicos provenientes del Derecho interno de cada país, pero no tiene la amplitud ni gran discrecionalidad que otorga la ortodoxa cláusula de orden público[1054]. Porque:

> *Dans un domaine aussi délicat que le repatriement d´enfants enlevés, la clause traditionnelle de l´ordre public aurait pu recevoir une interprétation trop large, inspirée du concept de l´intêrêt de l´enfant dans l´Etat requis, et nuire ainsi à l´efficacité et à l´equilibre du système de la Convention*[1055].

Para llegar al tenor final de esta cláusula:

> *An extraordinary effort of synthesis was necessary to bridge the gap betwen those delegates who strongly favoured the inclusión of a public policy clause – or its equivalente – at least as a reservation, and those who strongly opposed the inclusión of any such clause even as a reservation*[1056].

Llanamente, consiste en control sobre el Derecho del Estado de origen del menor, y está destinado para garantizar el interés superior del menor cuando existe entre los Estados de origen y de sustracción diferencias sustanciales en las decisiones que se tomarían respecto del menor cuando difieren también sus sistemas jurídicos[1057]. En teoría, debería bastar con el sistema de aceptación bilateral que tiene el CH80 para su adhesión, pero a pesar de él no existe uniformidad jurídica en cuanto a las condiciones mínimas de protección entre los diferentes Estados parte[1058] lo que justifica la denegación de retornos fundamentados así.

En el caso del CH80 no basta argumentar una contradicción con el Derecho interno, sino que debe tratarse de un impedimento al retorno impuesto por los principios fundamentales protectores de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas internamente; no se

---

[1053] Así lo explica PIRRUNG, J., citado por CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[1054] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*

[1055] En un campo tan delicado como el de la repatriación (devolución) de menores sustraídos, la cláusula tradicional de orden público habría podido ser interpretada de manera muy amplia inspirada en el interés superior del menor en el Estado requerido y perjudicar así la eficacia y equilibrio del sistema convencional, BUCHER, A., *L´enfant en*…, *Op. cit.*, pp. 169-170.

[1056] Un esfuerzo extraordinario de resumen fue necesario para conciliar entre aquellos delegados que favorecían fuertemente la inclusión de una cláusula de políticas públicas o su equivalente, a menos como una reserva, y aquellos que se oponían fuertemente a la inclusión de cualquier cláusula aún como una reserva. DYER, A., "International child abduction…, *Op. cit.*, p. 262.

[1057] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*

[1058] *Ibidem*

trata de argumentar derechos fundamentales que se han reconocido en el concierto internacional que no dentro del Estado de refugio, cuyas autoridades deben decidir sobre el retorno o no, lo que significa un enjundioso estudioso previo para denegar la restitución por esta vía excepcional.

En este caso, la Constitución del Estado requerido no es el único fundamento para esta excepción sino también lo deben ser los Tratados y Acuerdos internacionales suscritos y que versen sobre los derechos fundamentales en general y de la infancia en particular. Es, entonces, lo que se denomina en el ámbito del Derecho constitucional el Bloque de Constitucionalidad[1059], por tanto, el análisis no se puede fundamentar ni agotar en la Carta Magna sino debe consistir en un estudio de un entramado convencional, constitucional y legal -se reitera- del Derecho interno.

Esta excepción convencional no debe entenderse como la *salida de emergencia* de la vía convencional sobre la base de nacionalismos, porque esa no es la intención. Sino la de conformar un frente internacional común de respeto a las derechos y libertades fundamentales conquistados hasta ahora. Y es que, sería esencialmente incompatible con el propósito convencional ordenar el retorno del menor a un entorno donde se le desconocerían derechos y libertades que en el país refugio tiene, amén de que se le estaría -*so pretexto* del CH80- enviando a un Estado que en sí mismo le amenaza como ser humano. No se trata aquí de establecer si el Estado refugio resulta ser más organizado o mejor que el Estado requirente sino de establecer el respeto al individuo, al menor que le pudiera profesar o no un sistema jurídico.

Por ejemplo, se puede denegar el retorno si se comprueba que el mismo atenta contra la libertad religiosa del menor, o que si el menor es reintegrado a su entorno anterior inexorablemente será sometido a una intervención quirúrgica para mutilarlo genitalmente. También se han denegado retornos a Estados que permiten trabajos forzosos a menores de edad[1060].

[1059] "El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*" OLANO GARCÍA, H., "El bloque de constitucionalidad en Colombia", p. 232, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Perú), núm. 1, 2005, pp. 231-242. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Rodríguez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>.

[1060] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*

Cuando hay serias diferencias en relación con las garantías procesales entre el sistema jurídico del Estado de origen y el de refugio, tales diferencias si son de tal entidad que justificarían el no retorno no deben encausarse por esta vía excepcional, sino por la del numeral b) del artículo 13[1061]; diferencias que podrán subsanarse, para lograr el retorno del menor, por medio de las garantías o condicionamientos ya explicados.

Sobre la carga probatoria se espera, en principio, que sea el sustractor a quien se le ha demandado el retorno el que se oponga a él sobre la base de esta excepción, pero si nada alega al respecto, es al Juez al que, siendo conocedor del Derecho[1062], le corresponda denegar el retorno sobre esta base. Con el agravante de que si el Juez pasa por alto este análisis y ordena el retorno el efecto de tal resolución puede ser suspendido mediante un amparo en España[1063] y Venezuela[1064] y de tutela en Colombia[1065], por ser los mecanismos diseñados para, de manera urgente y efectiva, proteger derechos, garantías y libertades constitucionales vulneradas.

[1061] *Ibidem*

[1062] Así lo señala MONTÓN cuando alude al aforismo "*iura novit uria*". MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.,* p. 107.

[1063] Numeral 2 del artículo 53 de la CE consagra que: "2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>.

[1064] ASAMBLEA NACIONAL. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 27. "Toda persona tiene derecho a ser amparada por los Tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el Tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del Tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales."

[1065] Artículo 86 de la Constitución Política. "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión". Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>.

Sin embargo, Miralles Sangro considera que esta hipótesis exceptiva "es un mecanismo jurídico para hacer conforme a derecho un secuestro con el pretexto de que se estaría actuando en nombre del interés superior del menor"[1066] y lamenta su consagración en el CH80 porque en nombre del interés superior del menor promueven nacionalismos totalitarios, conductas discriminatorias y xenófobas, de ahí que, sugiere promover su derogación[1067].

En la denegación del retorno sobre la base de las excepciones referidas hay que recalcar que el CH80 representa la lucha contra la sustracción internacional y para que esa lucha fructifique los Estados parte deben hacer patente el compromiso que comporta la adhesión convencional y asumir una férrea y sólida postura frente al flagelo: rechazarlo y desconocerle consecuencias jurídicas, por eso, se espera que las denegaciones de retorno sobre la base de las excepciones sean anecdóticas[1068], porque, de lo contrario, por esta vía se estarán legitimando las vías de hecho utilizadas por el progenitor-sustractor[1069], al impedir que conozcan del asunto las autoridades del Estado donde el menor tenía su residencia habitual y se estarían derruyendo los cimientos convencionales.

> *The Explanatory Report of the Hague Convention, which in afforded substantial authority in Hague cases, asserts that a restrictive interpretation of the grave risk of harm defense, as well as of two other limited defenses, is necessary to avoid a collapse of the entire structure of the Convention*[1070].

Si se llega a abrir la compuerta para que fácilmente operen las excepciones poco o nada se habrá hecho para desanimar a los eventuales sustractores porque por vía excepcional lograrán su cometido: un foro decidido arbitraria y unilateralmente por ellos. Así que al Juez le corresponde estar a las circunstancias particulares del caso, porque no se pueden pretender interpretaciones estandarizadas pues el interés superior del menor no siempre se honra con el retorno[1071] como ya

---

[1066] MIRALLES SANGRO, P. "Algunos inconvenientes…, *Op. cit.,* pp. 9-10.
[1067] *Ibídem*
[1068] "Las excepciones son eso, meras excepciones, y quizás un uso abusivo podría desvirtuar el propio Convenio, pero tampoco el uso puede ser rácano. Si el interés del menor demanda acudir a la excepción, deberá acudirse a la misma. Se hace necesario, por tanto, un uso racional del mismo siempre atendiendo a un análisis minucioso de la cuestión". MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.,* pp. 124-125.
[1069] PÉREZ VERA, E., Informe explicativo del…, *Op. cit.*
[1070] El Informe Explicativo de la CH80 al cual se le concede autoridad sustancial en la interpretación de los casos de sustracción, asegura que una interpretación restrictiva de las excepciones al retorno es necesaria para evitar un colapso de la estructura total de la Convención. MORLEY, J., The future of the Grave Risk of Harm Defense in Hague International Child Abduction Cases, Law Journal Newsletters, 2006, (Snp). Disponible en: <http://www.international-divorce.com/grave_risk_harm_defense.htm>.
[1071] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*

se advirtió al iniciar el análisis ese principio en el CH80, por eso tampoco se espera que el número de denegaciones sea ínfimo o no, porque no se trata de defender cifras para lograr tener las mejores estadísticas, se trata de un análisis detenido inspirado en el interés superior del menor en cada caso.

Por eso, González Beilfuss advierte que el balance "entre el mecanismo interdictal [que pretende la restitución inmediata del menor] que introduce el Convenio y el interés superior del niño es un equilibrio frágil que descansa sobre todo en un adecuado juego de las excepciones al retorno"[1072].

A propósito del análisis que debe hacer el Juez para determinar el retorno, pero en especial el no retorno del menor con fundamento en las excepciones convencionales no siempre resulta viable honrar el mandato del artículo 19 CH80 que prohíbe que la decisión adoptada sobre la restitución no afecte lo referido a la custodia, porque, explica la autora, que los elementos nucleares de las excepciones previstas se refieren, directa o tangencialmente, a elementos sobre la custodia[1073], pues, se trata de analizar circunstancias que transversalmente tocan a ambas temáticas, porque se trata llanamente de la realidad del mismo menor, pero examinada para propósitos distintos.

2.4.9 El CH80 y la competencia judicial internacional

Si bien es cierto que el CH80 no consagra normas de atribución de competencia sí se genera, por lo menos materialmente, una atribución de competencia derivada del retorno o no del menor, porque de la interpretación que se haga de los elementos constitutivos de las excepciones y del concepto de residencia habitual del menor dependerá la atribución o derogatoria de competencia judicial[1074].

Así pues, al establecer la ilicitud del traslado y reconocer la residencia habitual del menor en el Estado de origen, la competencia judicial internacional para conocer y poder decidir sobre la

[1072] GONZÁLEZ BEILFUS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares…, *Op. cit.*, p.359.
[1073] En este trabajo JIMÉNEZ pone de manifiesto los innumerables casos donde la decisión sobre la restitución o no del menor tocan el fondo del asunto o generan la necesidad de cuando menos revisar las decisiones que sobre la custodia estaban vigentes antes de la sustracción, porque en algunos supuestos la sustracción pone en evidencia ciertas circunstancias que atañen al interés superior del menor y deben ser verificadas o analizadas nuevamente. Eso genera una relación que he denominado osmótica entre las decisiones de restitución a partir de una sustracción y la custodia, pero que escapa al propósito de esta investigación. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*
[1074] *Ibidem*

custodia del menor la tendrán sus tribunales. En suma, la determinación de la competencia judicial para conocer el fondo del asunto dependerá de la interpretación que se haga del concepto de residencia habitual como foro de competencia[1075] y de la procedencia o no de las excepciones convencionales al retorno.

En cuanto a la interpretación del concepto de residencia habitual la gravedad, traducida en un vacío de competencia se presenta en varios supuestos:

1) A propósito de las decisiones que ordenan el retorno al Estado de origen y donde no es muy clara la proximidad de ese Estado con el menor, porque por ejemplo no ha tenido mucho tiempo de estancia de él.
2) Cuando ordenado el retorno del menor al Estado de origen y atribuida a sus tribunales la competencia judicial internacional, pero después de transcurrido un año o más desde que se verificó la sustracción, estos se declaren incompetentes en virtud de su Derecho interno, que establece, objetivamente, que después de determinado tiempo el menor ya no tiene su residencia habitual en ese Estado, lo que les impide conocer del fondo del asunto.

Estos son algunos problemas que se pueden presentar y para los que el CH80 - por su naturaleza pragmática- no consagra soluciones y para los cuales Jiménez Blanco plantea como una solución respetuosa de la teleología del CH80 que los tribunales del Estado de origen entren a decidir sobre la custodia argumentando que han recuperado su competencia por la decisión de retorno proferida en el Estado de refugio[1076].

Ahora bien, denegado el retorno sobre la base de las excepciones convencionales, equivale a concluir que el traslado o retención pudiendo ser ilícitos fueron la causa de que el menor tenga una nueva residencia habitual, se deniegue el retorno y la competencia judicial la tengan ahora los tribunales del Estado de refugio.

Pero no se puede llegar necesariamente a esa conclusión porque el hecho de la denegación del retorno no implica *per se* la atribución de competencia judicial al Estado de refugio, porque en

[1075] *Ibidem*
[1076] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*

esa determinación entran en juego diversos elementos que no están regulados por el CH80.

Así, puede que la denegación de retorno no implique que el menor ha cambiado de residencia habitual y que ahora la tiene en el Estado refugio que no ordenó su retorno porque pudo haberse negado el retorno sobre la base del literal b) del artículo 13[1077] o del artículo 20 CH80 que nada tienen que ver con la edificación del concepto de residencia habitual y, en este caso, los tribunales del Estado de refugio pueden ser incompetentes para pronunciarse sobre la custodia.

Ante tal incompetencia aunque absurdo el sustractor tal vez no tenga otra opción que regresar al Estado de origen para iniciar el proceso judicial que zanje lo relacionado con la custodia situación que pudiera agravarse si ahora esos tribunales se consideran y declaran incompetentes, porque el menor ha cambiado de residencia habitual según su ordenamiento jurídico… ¿resultado? Vacío de competencia que se podría subsanar si los tribunales del Estado que denegó el retorno interpretan de manera amplia y flexible el concepto de residencia habitual[1078] y, en este caso, se atribuirían la competencia con fundamento en la decisión misma de no retorno *mutatis mutandis* el caso de retorno ya explicado.

En suma, la decisión a propósito de la sustracción ordenando o denegando el retorno tiene resonancia –pues atribuye, deroga, y en el peor de los casos genera vacío- en la competencia judicial internacional para conocer el fondo del asunto: la custodia. Lo que quiere decir que el retorno o la denegación no ponen punto final a la compleja situación que tuvo génesis en la sustracción internacional del menor.

Por lo anteriormente reseñado, el CH80 sin contener normas de atribución o derogatoria de competencia judicial internacional sí termina influyendo en su determinación[1079] y en el peor de los casos lo que redunda vacíos de competencia, sobre todo en los denominados casos difíciles que se alejan de las sustracciones tipo para las que inicialmente fue diseñado este instrumento convencional. De allí, la importancia de llamar a la unificación de interpretación de conceptos básicos como el de la residencia habitual del menor porque en la medida en que las autoridades judiciales utilicen los mismos elementos interpretativos para establecer la residencia habitual se

[1077] *Ibidem*
[1078] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*
[1079] *Ibidem*

podrán conjurar casos como los descritos.

2.4.10 La especialización judicial y la interpretación convencional

En sucesivas reuniones de la Comisión Especial se ha evidenciado la conveniencia de que los Tribunales encargados de resolver las solicitudes de retorno a la luz del CH80 sean los que estén formados, especializados y familiarizados con los propósitos convencionales de tal manera que se concentre el conocimiento de estos casos en jurisdicciones encargadas especialmente de ello[1080]. Para evitar inconvenientes serios como: decisiones sobre la custodia, retrasos procesales, interpretaciones convencionales contrarias a la teleología convencional, aplicación indiscriminada de las excepciones convencionales, reducción del CH80 a un convenio de cooperación judicial o de *exequátur*, lo que reviviría lo peor de la historia convencional, pues se ha dejado en evidencia que el CH80 funciona muy bien en aquellos Estados en los que un número limitado de jueces conoce de estos casos[1081].

En algunos países, la competencia para conocer de estas causas le está reservada incluso no a juzgados sino a Tribunales y altas cortes, pero en otros en nombre de la descentralización conocen los juzgados que se encuentren más cerca del menor porque se entiende que están en mejor situación para conocer el caso[1082].

Podemos resaltar la legislación belga[1083] que ha circunscrito a sólo seis tribunales el conocimiento de estos casos, cuando antes le competía a 27 y lo llamativo no es el número en sí mismo, sino la clara voluntad de concentrar la competencia para lograr así: "un procedimiento más rápido, de mayor eficacia, más uniforme y más especializado en esta materia"[1084]. Otro modelo merecedor de reconocimiento es el instaurado en Suiza donde la ley que aplica el CH80 consagra

[1080] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[1081]GOICECHEA, I., "El Convenio de La Haya…, *Op. cit*. LOWE, N., *Informe del Foro*…, *Op. cit.*
[1082] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[1083] Por medio de la Ley de 10 de mayo de 2007 para la aplicación del Reglamento (CE), n.° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento (CE9 n.° 1347/2000, del Convenio europeo de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980 sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de guarda de niños y su restablecimiento, así como del Convenio de La Haya , de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional del menor. BOUZA VIDA, N., y QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Derecho internacional privado", en *Revista Jurídica de Catalunya,* núm. 1, 2010, pp. 187-220.
[1084] BOUZA VIDA, N., y QUIÑONES ESCAMEZ, A., "Derecho internacional privado…, *Op. cit.,* p. 189.

una red multidisciplinaria de expertos que asesorarán a las autoridades competentes antes de decidir sobre el retorno del menor sustraído[1085].

En suma, tanto la centralización como la especialización en la materia son clave en una adecuada interpretación convencional, pero de no lograrse ambas -como en el caso Español que abiertamente ha explicado su imposibilidad de concentrar un una jurisdicción el conocimiento de estos casos[1086]- ha de apostarse alto por la formación, capacitación y entrenamiento de las autoridades judiciales[1087], porque estadísticamente puede suceder que un Juez se encuentren en su *vida judicial* con muy pocos casos, lo que impide numéricamente adquirir suficiente experiencia y por la falta de conocimiento puede atender más a los elementos relacionados con la custodia que con el retorno[1088] y resultaría así devastador, para los objetivos convencionales.

2.4.11 La ejecución de la orden de retorno

Existe disparidad de criterios acerca de si el CH80 contiene o no previsiones respecto de la ejecución de la orden de retorno. Así, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores de 2006 afirma que es un error considerar que el texto convencional no regula la materia. Por ello, se debe considerar que la ejecución viene constituida por el retorno del menor[1089], lo que invierte el análisis que al respecto se pueda hacer, porque siendo así, no hay razón que justifique la creencia de que se ha cumplido el propósito convencional con la obtención de la resolución judicial de retorno. Pues, se ha comprobado que si se conforma la AC con esa obtención, en la práctica poco no nada se ha logrado, ya que, hasta que no se asegure el retorno físico del menor a su Estado de origen no puede calificarse positivamente la gestión, pues creo que el CH80 no trata de la obtención de resoluciones judiciales sino de retornos efectivos, si proceden claro está.

Creo que, si se cuenta con una orden de retorno, pero no se ejecuta, nada se ha hecho para honrar el propósito convencional *a priori:* la restitución inmediata del menor. La Comisión

[1085] Así lo consagra la Ley Federal, de 21 de diciembre de 2007, sobre sustracción de menores y los Convenios de La Haya sobre la protección de menores y de adultos. BOUZA VIDA, N., y QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Derecho internacional privado…, *Op. cit.*
[1086] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[1087] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…*, *Op. cit.*
[1088] LOWE, N., Informe del Foro…, *Op. cit.*
[1089] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*

Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores de 2006 reconoció que es necesario dotar de medios a todos los intervinientes para asegurar el retorno del menor[1090].

Existe la posibilidad de que la orden de retorno obtenida judicialmente no se ejecute, lo que debe atender exclusivamente a razones fundamentadas en el mismo texto convencional lo que impone que deban ser sobrevenidas tales como: oposición del menor al retorno; porque el menor cumplió 16 años entre la fecha de la decisión y la de su ejecución[1091], entre otros.

Un argumento seriamente discutible sería el de la integración del menor al nuevo entorno por el largo tiempo que ha transcurrido desde que se profirió la sentencia sin haberse logrado su ejecución, ante esta situación hay determinar por qué no se ha logrado tal ejecución, porque si la razón ha sido que el progenitor sustractor ha escondido al menor para entorpecer la ejecución o porque las autoridades del Estado que ha ordenado el retorno y donde se encuentra el menor han sido negligentes no se debe considerar como cambio en las circunstancias y debe procederse a la ejecución, pero siempre quedará abierta la posibilidad de que se pueda comprobar ahora el literal b) del artículo 13, pero sería terrible que se verificara ahora esa excepción convencional por negligencia Estatal[1092].

De la inejecución de la decisión de retorno se derivan no pocos ni simples inconvenientes: el primero de ellos es la aplicación del artículo 16 del CH80 que prohíbe a las autoridades del Estado de refugio conocer y decidir sobre la custodia del menor hasta tanto no se haya decidido su retorno o hasta tanto no haya transcurrido un lapso prudencial -ya explicamos que es un año- desde que se verificó la sustracción sin que se haya activado el mecanismo protector convencional, todo para evitar decisiones contradictorias[1093], lo que significa que es una norma de competencia negativa.

Entonces, y a partir de la inejecución de la decisión de retorno, la pregunta es ¿pueden los órganos judiciales del Estado de refugio conocer y decidir sobre la custodia del menor a pesar de

[1090] *Ibídem*
[1091] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.*
[1092] *Ibidem*
[1093] *Ibídem*

haber ordenado su retorno sin haberse ejecutado éste? Jiménez Blanco[1094] responde afirmativamente, pero deja a salvo la responsabilidad internacional del Estado por no haber actuado de manera diligente para honrar las obligaciones convencionalmente adquiridas[1095], con el agravante de que el transcurso del tiempo en el marco de las relaciones familiares tiene efectos irremediables en su desarrollo y mantenimiento.

Otro problema es que en algunos casos ha pasado tanto tiempo desde que se profirió la orden de retorno sin que se haya ejecutado que puede resultar perjudicial para el menor ejecutarla, logrando así que el transcurso del tiempo logre cambiar el curso del proceso consolidando de una vez por todas la ubicación del menor, su adaptación e integración al Estado de sustracción[1096]. Pero, entonces, se requerirá de una decisión que anule la orden de retorno para que pueda en este caso dejar de operar también la prohibición del artículo 16 del CH80.

Para facilitar la ejecución de la orden de retorno las Conclusiones y recomendaciones del V Encuentro de Autoridades Centrales y puntos de contacto de IberRed sobre sustracción de menores sugieren que la orden de retorno sea comprensiva de detalles tales como los plazos "en que debe ser restituido el niño, las condiciones de transporte y cargo del costo causado por el traslado, persona o institución que se responsabiliza del mismo, acompañamiento por el sustractor o previsiones sobre aspectos migratorios en el país requirente"[1097].

En definitiva, cuando la AC ha logrado que la autoridad judicial de su país ordene el retorno debe avocarse a lograr la ejecución; eso quiere decir que ahora es cuando resta labor de cooperación por adelantar.

2.4.12 El CH80 después del R2201/2003

El CH80 es de aplicación prioritaria entre los países miembros en cuanto a la ley aplicable

---

[1094] *Ibidem*

[1095] Por ejemplo: Caso: Sylvester v. Austria, nos. 36812/97 and 40104/98, (2003) 37 E.H.R.R. 17. Referencia INCADAT: HC/E/ 502. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=502&lng=3&sl=3>.

[1096] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Comentario INCADAT a la inejecución de la orden de retorno. Disponible en: <http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=3>.

[1097] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAl. Conclusiones y recomendaciones…, *Op. cit.*

en materia de protección de menores y competencia de las autoridades[1098]. No obstante, el texto convencional tiene un propósito limitado…concreto, no pretende solucionar todo lo relacionado con la sustracción internacional[1099], sino lo relativo a la dimensión fáctica del traslado o retención ilícitos del menor y el consecuente traslado, como norma general, pero nada se ocupa del fondo del asunto, por ello, coexiste con otros instrumentos jurídicos internacionales para obtener la restitución del menor.

El CH80 en sus artículos 34 y 36 prevé la posibilidad de que entre los Estados parte puedan aplicarse otros instrumentos internacionales distintos para lograr más expeditamente la restitución del menor y si también lo acuerdan pueden desaplicar, de mutuo acuerdo, normas convencionales que consideren pueden obstaculizar el retorno perseguido[1100].

Es así como el CH80 no es el mismo entre los Estados de la UE después de la entrada en vigencia del R2201/2003 porque la relevancia y carácter prioritario que tenía hasta entonces fue mermada porque debe aplicarse preferentemente el R2201/2003 esto es, se aplicará el CH80, pero con las modificaciones o alteraciones que impone el Reglamento ya referido y que se explicarán en el apartado destinado a tal fin.

2.5 Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (R2201/2003)

El Consejo Europeo[1101] con el firme propósito de condensar en un solo instrumento jurídico[1102] las normas relativas al matrimonio y a la responsabilidad parental trabajó en el Reglamento 2201 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental el cual fue aprobado el 27 de

[1098] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[1099] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*
[1100] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*
[1101] "El Consejo Europeo reúne a los líderes de la UE para establecer su agenda política. Representa el nivel más elevado de la cooperación política entre los países de la UE. El Consejo, una de las siete instituciones oficiales de la UE, se reúne en cumbres (normalmente trimestrales) celebradas entre líderes de la UE y presididas por un presidente permanente". Disponible en: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm>. "El Consejo Europeo **define las orientaciones y prioridades políticas generales de la UE**. No es una de las instituciones legislativas de la UE, y por lo tanto no negocia ni adopta sus leyes, pero sí establece el calendario político de la UE, normalmente adoptando en sus reuniones unas ´conclusiones´ en las que delimita las cuestiones de interés y las acciones que han de acometerse". Disponible en: <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/>.
[1102] MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.*

noviembre de 2004, entró en vigencia parcialmente el 1 de agosto de 2004 y plenamente el 1° de marzo de 2005[1103] conocido como Reglamento 2201/2003 Bruselas II bis (RB II bis)[1104].

En vista de que este R2201/2003 derogó al R1347/2000 hay que exaltar del vigente que consolida aún más en el marco comunitario el principio del interés superior del menor porque tiene como elemento céntrico a los menores y su protección, por su parte el reglamento derogado se encargaba básicamente de los progenitores[1105].

> *Le règlement de 2000 envisageait la responsabilité parentale seulement lorsqu´elle était liée à une désunion du couple. Or, désormais, le nouvel instrument communautaire pose des règles de compétence en matière de responsabilité parentale pour tous les enfants, qu´ils soient légitimes ou naturels, que la responsabilité parentale soit exercée par les parents ou par un tiers, que les parents vivent ensemble ou sont séparés…Cet élargissement du champ d´application s´est acompagné d´une refonte totale des régles de compétence (…) En matière de responsabilité parentale, le règlement s´applique, comme on vient de le voir, á tous les "enfants", sans distinction. Aucune limite d´âge n´a été fixée*[1106].

Es un texto de derecho procesal civil internacional triple porque incluye: 1) Normas uniformes sobre competencia judicial internacional; 2) Normas uniformes sobre reconocimiento de decisiones en materia matrimonial y responsabilidad parental y; 3) Previsiones relativas a la cooperación entre autoridades en materia de responsabilidad parental[1107].

Así, el R2201/2003 persigue la homogenización por medio de la armonización procesal basada ésta en los principios de cooperación y confianza mutua, pero no todo se refiere a lo formal porque también trae conceptos como los de responsabilidad parental, derecho de custodia, derecho de visita, entre otros, que persiguen la armonización comunitaria de las instituciones de Derecho

---

[1103] Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/responsabilidad-parental>.

[1104] RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Responsabilidad parental y…, *Op. cit.*

[1105] ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho civil en Europa", en *Revista de Derecho UNED* (Madrid), núm. 3, 2008, pp. 167-199.

[1106] El R1347/2000 consideraba la responsabilidad parental sólo cuando se encontraba ligada a una desunión de la pareja pero a partir del nuevo instrumento comunitario se estableces unas reglas de competencia en materia de responsabilidad parental para todos los niños que sean legítimos o naturales cuya responsabilidad sea ejercida por los padres o pon un tercero o que los padres vivan juntos y estén separados…Esta ampliación del campo de aplicación está acompañado de una revisión total de las reglas de competencia (…) En materia de responsabilidad parental el Reglamento se aplica a todos los niños sin distinción, no se ha fijado ningún límite de edad. CORNELOUP, S., "Les règles de compètende relatives à la responsabilité parentale", pp. 69-70, en FULCHIRON, H., y NOURISSAT, C., *Le nouvenau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ, Paris, 2005, pp. 69-84.

[1107] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit*.

civil para propender a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el ámbito comunitario, de modo que, este esfuerzo de consensuar conceptos es verdaderamente un paso más en la edificación de la cultura jurídica que se interesa cada vez más en aspectos vitales del ciudadano comunitario[1108]. De ahí que

> En materia de restitución de menores entre Estados miembros de la UE, puede afirmarse que la jurisprudencia del TEDH y del TJUE coinciden en cuanto a la interpretación del contenido del respeto a la vida privada y familiar y del interés superior del menor. Podemos inferir que el TJUE asimila el parámetro comunitario de protección de los derechos fundamentales diseñado por el mecanismo de Estrasburgo a través del test Bosphorus. Esta equivalencia permite la progresiva convergencia hacia la construcción de un *orden público europeo* integrado por estos derechos que puede presumirse como equivalente al *orden público comunitario*, conformado por los principios del Derecho de la UE[1109].

En punto de la materia matrimonial, el texto reglamentario cometió ciertas omisiones tales como la dimensión patrimonial matrimonial, así como la ruptura de parejas no matrimoniales, pero en cuanto a la responsabilidad parental es muy completo[1110].

En detalle introdujo la igualdad jurídica de los hijos no matrimoniales respecto de los matrimoniales porque no importa la relación entre sus progenitores, todas las acciones de responsabilidad parental estarán reguladas por el R2201/2003[1111].

En particular, el texto reglamentario se refiere a "la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental"[1112]. Específicamente, al derecho de custodia y al derecho de visita; a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes[1113].

[1108] ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la…, *Op. cit.*
[1109] BALLESTEROS BARRIOS, Á., "Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 31-46, p. 46. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6676>.
[1110] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.*
[1111] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.*
[1112] Artículo 1 del R2201/2003.
[1113] Artículo 2 del R2201/2003.

El R2201/2003 ha impactado en el texto del CH80 cuando se trata de la relación entre Estados de la Unión[1114], así el texto reglamentario ha regulado temas como: 1) La definición de sustracción; 2) La competencia judicial; 3) Las cuestiones relativas a la restitución del menor; 4) El reconocimiento y la cooperación de autoridades[1115]; 5) La ejecutividad inmediata y directa de las decisiones de retorno y; 6) Reconocimiento general de las resoluciones sobre custodia[1116].

En el preámbulo del R2201/2003, se asegura que el texto reglamentario viene a completar el CH80, de ahí que, en materia de sustracción internacional de menores, en particular en su modalidad intracomunitaria[1117] se debe aplicar el CH80, pero con las modificaciones o alteraciones incorporadas por el R2201/2003, teniendo en cuenta que éste último se inspira también -como lo hace el CH80- en el interés superior del menor[1118].

En cuanto a la definición de sustracción el artículo 2 en su numeral 11 la contempla así:

> Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:
>
> a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y
>
> b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta

[1114] A la fecha el texto reglamentario se aplica a todos los países miembros de la UE salvo Dinamarca. Y en el caso de Suecia y Finlandia aplica en vez del R2201/2003 el Acuerdo nórdico, de 6 de febrero de 1931, entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, junto con su Protocolo final. Disponible en: http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-82188. "El Reino Unido e Irlanda manifestaron, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre su respectiva posición, anejo al TUE y al TCE, su intención de participar en la adopción y aplicación del mismo". ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la…, *Op. cit*, p. 176.

[1115] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.*

[1116] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*

[1117] "De las condiciones establecida en el Reglamento, se deduce que su aplicación espacial requiere dos condiciones: la residencia habitual del menor en un Estado miembro inmediatamente antes de su traslado y que éste se efectúe entre dos Estos miembros (…) Lo que no exige necesariamente el Reglamento es que el traslado desde el Estado miembro de la residencia habitual anterior del menor hacia otro Estado miembro tenga que realizarse directamente: cabría pensar, por ejemplo, en un caso en que el menor, con residencia habitual en Francia es secuestrado a Argelia por su padre y, posteriormente, la madre lo traslada a España. Del mismo modo, cabría pensar en una hipótesis en la que el padre secuestra al menor de Francia a Argelia y, a continuación, vuelve a trasladarlo a España. En el primero de los supuestos (un caso de doble sustracción) no resultaría aplicable el Reglamento porque el traslado del menor por la madre no sería una sustracción internacional (faltaría la adquisición de la residencia habitual en Argelia) y porque el hecho mismo del traslado por la madre determinaría que ha arreglado la situación `por la vía de hecho´. El segundo de los supuestos sí que entraría directamente en el ámbito del Reglamento y justificaría la aplicación de sus criterios competenciales". JIMÉNEZ, P., *Litigios sobre la…, Op. cit*., pp. 152-153.

[1118] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit*.

> cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

Al contrastar esta definición con la del CH80 se encuentra gran similitud, por eso, la novedad reglamentaria radica en mayores concreciones[1119] como por ejemplo en el aparte relativo a la custodia cuando contempla la compartida[1120], que no estaba consagrada en el texto convencional.

En punto de la competencia el artículo 10 refuerza la lucha contra el fraude a la jurisdicción que ya consagraba el CH80[1121] lo que ratifica que, la competencia en caso de sustracción internacional del menor la preservan los órganos jurisdiccionales del Estado donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que se verificara el abrupto desarraigo.

Así el R2201/2003 se muestra disuasivo o preventivo[1122] de la sustracción, porque impide que el progenitor sustractor logre su cometido: una decisión judicial en el foro por él propiciado que legitime su vía de hecho y termine bendiciendo la sustracción, y tal disuasión se logra con la preservación de la competencia judicial internacional de los órganos judiciales del Estado de origen[1123]; por esta razón, una adecuada asesoría a los progenitores potenciales sustractores acerca de las consecuencias jurídicas de su sustracción lo harán desistir porque no importa si traslada al menor a otro Estado, si éste es parte del CH80 en el ámbito europeo se aplicará con las

[1119] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit*.

[1120] En este punto, MAESTRE CASAS expone sus reservas acerca de la conveniencia de una modalidad de custodia así cuando las parejas (progenitores) tiene un carácter que ella llama internacional. "Si lo que se pretende es una estabilidad en el desarrollo personal del menor, no podemos imaginar una custodia compartida cuando ambos progenitores van a residir en diferentes Estados. Una decisión tal significaría someter al menor a constantes cambios, amén de los problemas de determinación de la autoridad competente para resolver todas las cuestiones sobre la protección [internacional] de ese menor". MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit*., p. 508.

[1121] Artículo 16 CH80: "Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio".

[1122] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…; *Op. cit*.

[1123] "En este sentido, la necesidad de garantizar el acceso a unos tribunales para poder pronunciarse sobre la guarda y custodia del menor justificaría aún más el mantenimiento, al menor durante un plazo de tiempo razonable, de la competencia de los tribunales de origen, teniendo en cuenta que el traslado ilícito del menor a un Estado normalmente no determinará un cambio automático de residencia habitual, hasta que no conste su integración al mismo". JIMÉNEZ, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.,* p. 156.

modificaciones impuestas por el R2201/2003 y su intención de forzar el foro será frustrada[1124]. Lo que fortalece las medidas adoptadas en punto de la custodia, el derecho de visita, así como la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado donde reside habitualmente el menor[1125].

El mismo artículo 10 consagra los supuestos en los que se debe considerar que el menor ha adquirido una nueva residencia habitual, lo que subsana una de las deficiencias del CH80[1126] y es una de las novedades reglamentarias más aplaudidas[1127]. Es tal la importancia de esta novedad que de ella parte la asignación de la competencia judicial internacional porque el menor no puede tener dos residencias habituales y de cara a contrarrestar el *forum shopping*[1128] la competencia la preservan las autoridades del Estado de residencia habitual del menor. Así a tenor del artículo 10 se contemplan dos supuestos en los que se considera que el menor ha adquirido una nueva residencia habitual: a) cuando toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención (ilícito en su origen) (Adquisición por aceptación[1129]), y b) cuando la competencia se deriva del desistimiento del actor[1130], lo que hay que analizar es qué consiste el desistimiento (Adquisición por desistimiento).

Quiñones Escámez[1131] analiza metódicamente la relación que se teje entre el CH80 y el R2291/2003 a propósito del artículo 11 que trata específicamente de la sustracción del menor. Algunos artículos refuerzan[1132] el CH80 y otros complementan[1133] al texto convencional, pero al decir de Calvo Caravaca y Carrascosa González[1134] el R2201/2013 lo que hace es alterar al CH80

[1124] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit*.
[1125] *Ibídem*
[1126] Que técnicamente no es una deficiencia sino que la naturaleza y teleología del CH80 no es la competencia judicial, así que JIMÉNEZ explica que el R2201/2003 es en punto de la competencia judicial el resultado de la suma de las prohibiciones del CH80 para que las autoridades del Estado de la sustracción conozcan sobre el y de las previsiones del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.*
[1127] RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Responsabilidad parental y…, *Op. cit.*
[1128] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit*.
[1129] RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Responsabilidad parental y…, *Op. cit*.
[1130] RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Responsabilidad parental y…, *Op. cit*.
[1131] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…" *Op. cit.*
[1132] "El Reglamento refuerza el mecanismo de restitución del menor." JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit*, pp. 140-150.
[1133] GONZÁLEZ VICENTE, P., *La sustracción internacional…, Op. cit.*
[1134] "1. °) Tesis de la alteración del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980. El legislador de la UE se encontró ante un dilema serio. En primer lugar, el Reglamento podía haber dejado `intacto´ el Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre *Legal Kidnapping*, de modo que dicho Convenio siguiera aplicándose por los Estados miembros tanto en sus relaciones mutuas como en sus relaciones con terceros Estados (tesis unitaria). En segundo lugar, podía

modificando el *iter* para ejercer la acción de restitución, lo que explican ellos fue la peor elección del legislador comunitario.

Por su parte, Miralles Sangro[1135] reconoce que lo consagrado en el artículo 11 del texto reglamentario son pautas para lograr la más rápida restitución del menor para Jiménez Blanco[1136] son garantías procesales por y normas de atribución de competencia judicial internacional que impiden vacíos de competencia.

Para hacer más clara la relación entre el R2201/2003 y el CH80 es menester explicar apartado por apartado del artículo 11 reglamentario:

El numeral 1[1137] expresa que en ejercicio de la acción de restitución con fundamento en el CH80 se aplicarán los numerales subsiguientes. Esto implica que la orden reglamentaria es aplicar preferentemente[1138] el R2201/2013 al CH80 en situaciones que relacionen a Estados miembros[1139].

Por su parte el numeral 2[1140] "*impose aux Ètats de veiller à ce que l´enfant d être entendu lors de l´aplicattion des articles 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1980*"[1141] lo que equivale

haber creado una `nueva disciplina legal´, mejor y más moderna que la contenida en el Convenio de La Haya, de modo que el Reglamento 2201/2003 se aplicara en las relaciones entre los Estados miembros y que el Convenio de La Haya de 1980 dejara de aplicarse, de modo radical, en tales relaciones entre los Estados miembros (*tesis del desplazamiento total)*. Pero ante el dilema, el legislador de la UE escogió la peor opción: el Reglamento 2201/2003 `altera´ las reglas jurídicas a seguir en el caso de ejercicio de la acción de restitución del menor sustraído ilícitamente con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 (*tesis de la alteración del Convenio*)" CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*, p. 431.

[1135] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*

[1136] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.*

[1137] Artículo 11 del R2201/2003: "1. Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado en lo sucesivo Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos".

[1138] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*

[1139] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit*.

[1140] Artículo 11 del R2201/2003: "2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé la menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez".

[1141] Impone a los Estados velar que el niño haya tenido la posibilidad de ser escuchado en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención de La Haya, GOUTTENOIRE, A., "*L´audition de l´enfant dans le règlement `Bruxelles* II bis´", p. 206, en FULCHIRON, H., y NOURISSAT, C., *Le nouvenau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale,* DALLOZ, Paris, 2005, pp. 201-207.

a un refuerzo y ampliación del derecho consagrado en el CH80, que para algunos es muy limitado porque le da muy poco espacio a la *voz del niño*[1142]. Tal ampliación, para Alonso Carvajal[1143], no implica mayor incidencia en la práctica española que se presenta respetuosa de tal principio, sino que impone la audiencia del menor como obligación a todos los Estados miembros, a pesar de que no en todos ellos se ha consagrado ese derecho; además de que le resta poder discrecional al Juez cuando se trata de menores de corta edad, porque la tendencia es a negarles ese derecho. Así, en la aplicación del CH80 a los casos de sustracción intracomunitaria ya no queda duda acerca de si es discrecional o no la audiencia del menor, porque es un deber impuesto reglamentariamente, lo que hace del R2201/2003 un instrumento jurídico protector del menor y atento a sus intereses[1144].

Pero, Gouttenoire no piensa lo mismo:

> *Même s´ils prévoient des conditions différentes, les articles du règlement se réferent "à la possibilité de l´enfant d´être entendu" expression dont l´interprétation, indépendamment des conditions de l´audition, peut prêter à des discussion. S´il est certaint qu´elle n´impose pas a l´enfant de s´exprimer au cours de la procédure, respectant ainsi son droit au silence, elle ne lui confère pas non plus un véritable droit d´être entendu, l´expression d´un tel droit, contenue dans l´article 12 de la Convention Internationale des droits de l´enfant n´ayant pas été reprise par le règlement communautaire,* [pero] Si l´enfant souhaite être entendu, es s´il remplit les conditions prévius par le texte, le juge ne peut refuser l´audition[1145]

El numeral 3[1146] refuerza el carácter expedito y urgente[1147] que debe imprimírsele a las actuaciones y decisiones en materia de sustracción, así es imperativo que la autoridad judicial ante

---

[1142] McGUINNESS, C., La Comisión Especial: un punto de vista desde la presidencia, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Boletín de los Jueces,* Tomo XI, 2006, pp.4- 6.
[1143] ALONSO CARVAJAL, A. "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[1144]ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la…, *Op. cit.*
[1145] El artículo del Reglamento se refiere sólo a la posibilidad que no al derecho del niño a ser oído, así que puede prestarse a discusión el hecho de que el menor tenga verdaderamente consagrado ese derecho en el texto reglamentario. Hay que establecer que no es obligación del menor pronunciarse en el curso del proceso porque tiene derecho a guardar silencio. La autora sostiene que el derecho a ser oído consagrado en la Convención de Derechos del niño no fue recogido reglamentariamente., pero si el niño desea ser escuchado y se cumplen las condiciones previstas por el texto, el Juez no puede negar la audiencia. GOUTTENOIRE, A., *"L´audition de l´enfant dans le règlement `Bruxelles* II bis´", pp. 202-203, en FULCHIRON, H., y NOURISSAT, C., *Le nouvenau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, DALLOZ. Paris, 2005, pp. 201- 207.
[1146] Artículo 11 del R2201/2003: "3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor, contemplada en el apartado 1, actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda".
[1147] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*

la cual se haya interpuesto la solicitud de retorno se pronuncie dentro del plazo de seis semanas. Es conveniente recordar que el transcurso del tiempo se puede convertir en el primer enemigo del retorno, porque de cumplirse un año contado a partir de la sustracción es deber entrar a considerar la adaptación del menor al medio como una excepción al retorno y así el sustractor puede lograr su cometido, puesto que la situación de hecho generada por él puede llegar a tener consolidación jurídica[1148].

El R2201/2004 en su artículo 11.4[1149] apalanca la confianza mutua entre los países miembros cuando impide que se decida sobre la base de nacionalismos judiciales[1150] que legitiman las vías de hecho que suponen la sustracción, por ello, así conjura que se siga utilizando y abusando de la excepción convencional del artículo 13 del CH80:

> No obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: (…) b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

En estos casos si las autoridades del Estado de residencia habitual del menor adoptan las medidas (en caso de que sean necesarias) no puede denegarse el retorno con fundamento en el artículo transcrito. Porque no hay razón para dudar de que las medidas no se cumplirán. Por eso, Quiñones Escámez[1151] afirma que el pretexto que significa la excepción del riesgo grave del menor va quedando vacío de contenido en el marco comunitario. Espacio que, se supone, brinda un clima de confianza mutua comunitario, por lo que, en estos casos debería proceder el retorno, así las cosas, se erige como un impedimento para los sustractores que cifran sus esperanzas del no retorno en esa hipótesis exceptiva[1152].

Todo lo anterior, implica que el R2201/2003 limita la excepción al retorno contemplada en

---

[1148] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.*

[1149] Artículo 11 del R2201/2003: "4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución".

[1150] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*

[1151] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.*

[1152] THORPE, M., Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, 25 años, CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Boletín de los Jueces*, Tomo XI, 2006, pp.6-7.

el literal b) del artículo 13 del CH80[1153] por medio de la adopción de las garantías o condicionamientos conocidos como *undertakings*, pues la protección *reforzada* que brindan estas medidas impide dudar del amparo del menor a propósito de su retorno. Ahora bien, sobre el significado que tiene la exigencia por parte del Estado de la sustracción al Estado de origen para que adopte esas medidas presupone confianza en el Estado de origen porque basta su adopción para que no haya que poner en duda que las harán cumplir, mientras que Jiménez Blanco[1154] las considera una velada desconfianza en el sistema del Estado de origen, porque de no adoptarse tal medida no se ordenará el retorno; además, no las justifica en el marco del R2201/2003 en tanto el Reglamento involucra sólo a Estados miembros de una verdadera, uniforme y armónica comunidad jurídica: la UE.

Jiménez Blanco[1155] plantea la posibilidad que el R2201/2003 al no referirse expresamente sobre las causas de denegación de retorno consagradas en los artículos 12 y 20 del CH80 impide que se deniegue el retorno con fundamente en ellas[1156]. Pero no creo que esa sea la conclusión, lo que sí es innegable que resultaría muy difícil argumentar la denegación del retorno sobre la base del artículo 20 del CH80, pero no porque no haya hecho alusión expresa de él el R2201/2003, sino a causa de la integración y equivalencia jurídica que implica la UE resultaría contradictorio negar el retorno de un menor a un Estado comunitario porque los principios fundamentales del Estado de refugio lo impide, cuando todos los Estados comunitarios comparten inspiración en las normas jurídicas internas que protegen Derechos humanos y libertades fundamentales en virtud del Tratado Constitucional. Pero no hay que perder de vista la contradicción entre sistemas jurídicos al interior de la UE que pueden generar normas jurídicas de reciente data en pocos Estados comunitarios como es el matrimonio entre personas del mismo género que derivaría en la atribución de la custodia a una pareja protagonizada por dos hombres o dos mujeres; también hay que reconocer que la posibilidad de denegarlo ante la posibilidad de que el Derecho sustantivo del Estado de retorno contenga normas jurídicas de atribución de la custodia discriminatorias, en estos y otros eventos similares, pudiera reavivar y justificarse la denegación de retorno vía artículo 20

[1153] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.* JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*
[1154] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*
[1155] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*,
[1156] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*

del CH80[1157].

Por su parte, el numeral 5[1158] obliga a que se oiga al solicitante del retorno antes de acordar y ejecutar el no retorno del menor. Que es otra garantía procesal incorporada reglamentariamente[1159].

El numeral 6[1160] consagra el deber de las autoridades que han denegado el retorno de remitir a la brevedad posible (antes de un mes) los documentos contentivos de la decisión a la AC o jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor antes de la sustracción. Una vez recibida la decisión la misma autoridad receptora, en virtud del numeral 7[1161], invitará a los solicitantes del retorno a que interpongan las acciones pertinentes ante los órganos competentes para lograr un pronunciamiento sobre el fondo, esto es, sobre la custodia dentro de los tres meses a partir de la notificación[1162].

El numeral 8 representa una profunda modificación al CH80, por cuanto consagra que una decisión del Estado requerido sobre la no restitución del menor puede ser sustituida por una proferida por otra autoridad competente en el Estado de origen que se pronuncie sobre el fondo; esto es, sobre la custodia. Lo que significa que el pronunciamiento del no retorno proferido por el Estado requerido no es definitivo y puede ser ordenado el retorno por la autoridad judicial del Estado requirente, tal decisión –siempre y cuando se guarden las formas descritas en el

[1157] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*

[1158] Artículo 11 del R2201/2003: "5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución".

[1159] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*

[1160] Artículo 11 del R2201/2003 "6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado un resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución".

[1161] 7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto".

R2201/2003- deberá ser reconocida y ejecutada en el Estado requerido como si se tratara de una decisión proferida por una autoridad nacional sin necesidad de procedimiento alguno para su reconocimiento[1163].

Con este mandato reglamentario, se altera sustancialmente la culminación de los procesos de restitución en el marco del CH80[1164] y permite concluir que la competencia atribuida a las autoridades del Estado requerido es temporal, porque es el Estado requirente que por medio de sus autoridades el que conserva la competencia definitiva en punto de la restitución. Incluso ese principio aplica cuando la decisión que ordena el retorno al Estado requirente no se pronuncia sobre el fondo, lo que incluso puede contener el germen de otro traslado, pues al no pronunciarse sobre el fondo, puede ser que la decisión que sí resuelva la custodia ordene el nuevo traslado del menor al Estado donde se encuentra el progenitor al que le han atribuido la custodia[1165].

Pero la posibilidad de revisión de la decisión de no retorno por parte de los tribunales del Estado de origen no debe entenderse como parte del proceso de restitución sino del posterior proceso que se siga sobre la custodia; por ello, esa eventual revisión no modifica la prohibición convencional del artículo 16 del CH80 y debe entenderse que el procedimiento de restitución culminó con la resolución de no retorno, en este caso[1166].

El R2201/2003 sí tiene incidencia en el artículo 16 del CH80 pero en punto del *plazo razonable* porque el CH80 establece como causa de atribución de competencia a los tribunales del Estado de la sustracción que la demanda de restitución se haya presentado luego de transcurrido un año desde la sustracción mientras que el R2201/2003 se refiere en el numeral ii) del literal b) del artículo 10 que los tribunales del Estado de origen mantendrán su competencia judicial internacional hasta que transcurrido un año desde que el titular de la custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor y no haya interpuesto demanda de restitución ante las autoridades del Estado de refugio. Así expuestas ambas disposiciones el contraste radica en el hito a partir del cual debe empezarse a computar el plazo del año. Y a propósito de la preeminencia reglamentaria sobre la convencional, deberá entenderse que en punto de

[1163] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.* GONZÁLEZ VICENTE, P., *La sustracción internacional…, Op. cit.*
[1164] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.*
[1165] MIRALLES SANGRO, P., "La obligación alimenticia…, *Op. cit.*
[1166] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.*

sustracciones intracomunitarias el plazo sigue siendo de un año, pero puede en la práctica ser más prolongado por el lapso que dure la localización del menor[1167]. Ese año implica una competencia temporal y vulnerable a la aquiescencia, pero sin duda refuerza la disposición convencional del artículo 16 CH80 que por su naturaleza no contiene reglas de competencia judicial[1168].

Hay que reconocer que el R2201/2003 en su Sección Cuarta ha reivindicado el derecho de visita en tanto ha suprimido el exequátur, así toda decisión que al respecto se haya adoptado en un Estado miembro será ejecutada como propia en los demás Estados miembro, además en el numeral 11 del artículo 2 cuando define la guarda conjunta brinda protección al derecho de visita ante una sustracción por parte del progenitor custodio[1169].

Esta norma es el eco de cuantas críticas se le habían hecho al CH80 en ese tema, porque hay que recordar que el derecho de visita era la *cenicienta* en el texto convencional pero el R2201/2003 entendió que al permitir el efectivo ejercicio transfronterizo del derecho de visita se está conjurando la sustracción. Así, una vez cumplimentados los extremos exigidos por los modelos de certificaciones[1170] del texto reglamentario la única opción que tienen los Estados miembros es ejecutar la decisión que sobre el derecho de visita se ha proferido.

Esta supresión es un mecanismo de pacificación familiar, ya que es natural que un progenitor titular de la custodia se sienta tranquilo, porque cuenta con garantías previas de retorno en el evento de un abusivo ejercicio del derecho de visita; por su parte, el titular del derecho de visita puede tener certeza de que podrá ejercer plenamente sus derechos, y en el caso del menor pues se honra el derecho que tiene a mantener relaciones con ambos progenitores, todo lo cual consolida la confianza mutua en el espacio europeo y permite seguir avanzando en la supresión del exequátur porque ello permite que las decisiones al interior de la Unión circulen y se ejecuten como si fueran propias[1171]. Y el mismo tratamiento ordena el Reglamento sea aplicado a las decisiones que ordenen el retorno del menor. Así, se puede afirmar que las decisiones sobre derecho de visita y retorno del menor serán reconocidas ya no vía de exequátur sino vía R2201/2003, que representa

[1167] *Ibidem*
[1168] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.*
[1169] *Ibídem*
[1170] Anexo II. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2003/338/L00001-00029.pdf>.
[1171] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Nuevas normas comunitarias…, *Op. cit.* JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…*, *Op. cit.*

el sistema más y mejor logrado de reconocimiento mutuo, puesto que elimina controles y posibilidad de oposición[1172].

También sobre el derecho de visita, pero esta vez ante un traslado lícito el R2201/2003 refuerza su protección cuando en atención al numeral 1 del artículo 9 los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor mantendrán la competencia judicial internacional para resolver todo lo relacionado con el ejercicio de tal derecho siempre y cuando su titular siga residiendo en tal Estado[1173], pues se entiende que el cambio de residencia aunque se origina en una causa lícita resuena directamente en la médula del ejercicio efectivo del derecho de visita. Esta disposición es respetuosa del derecho de visita en su dimensión bidireccional, porque hay que recordar que su naturaleza jurídica de derecho-función o de *doble vía*[1174] hace que asista tanto al progenitor como al menor hijo quien tiene el derecho a mantener relaciones con ambos progenitores.

En relación con la parte *in fine* del artículo 42 las medidas de que habla el artículo se refieren más a garantías adoptadas por el mismo Estado requirente que no de condiciones exigidas por el Estado requerido para ordenar el retorno, así no debe interpretarse que el Estado requerido condiciona el retorno, sino que el requirente ofrece la mayor y mejor protección del menor para minimizar las posibilidades de que sea denegado el retorno. Pero, yo sí creo que se trata de un retorno condicionado pues es al Estado requerido al que le corresponde garantizar el interés superior del menor en la adopción y ejecución de la orden de retorno, porque hay que recordar que es su deber asegurar que ese retorno no sea solamente inmediato sino seguro, y no puede estarse entonces a la iniciativa de las autoridades del Estado requirente para ver si de oficio las ofrecen y adoptan, considero que no es un cabo que pueda dejar suelto el Estado requerido, sino que debe

---

[1172] "Por lo que al ámbito de reconocimiento se refiere, la regla general del Reglamento en su aplicación en relación con decisiones dictadas por los tribunales de un Estado miembro que pretendan reconocerse en otro Estado miembro, aunque el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado. No obstante, para el caso del sistema de reconocimiento del art. 42 del Reglamento, su propia dinámica de funcionamiento conlleva a la necesidad de una residencia habitual del menor en ambos Estados contratantes, ya que las decisiones de retorno que potencialmente pueden utilizar este mecanismo están vinculadas con el sistema `específico diseñado para el caso de las sustracciones intracomunitarias que, lógicamente, sólo tendrán sentido cuando el propio Estado de la sustracción sea un Estado miembro." JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit., pp. 1*43 y 158.

[1173] MAESTRE CASAS, P., "Sustracción y restitución…, *Op. cit.*

[1174] "Así pues, se trata de un derecho de doble vía, donde convergen los derechos de los hijos menores, y al mismo tiempo, los de cada uno los padres, derechos que, entre otras cosas, deben ser respetados en un contexto de alteridad y acatamiento.". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 115/14 de 3 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-115-14.htm#_ftn57>.

asegurarlo por medio de la exigencia, si las cree necesarias, de tales garantías o condicionamientos, cuya conveniencia se ha examinado al interior de la CHDIPr en el marco de las sesiones de la Comisión Especial[1175], todo apunta que no serán demasiados los medios y medidas que se pongan a disposición del retorno del menor.

El artículo 53 reglamentario impone la obligación para los Estados contratantes de que designen a una AC; además, les obliga a que en el caso de que reciba una solicitud para cuya tramitación es incompetente, que la remita a la competente notificando de ello al remitente. En España la AC para el R2201/2003 es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

Un elemento decisivo que incorpora el R2201/2003 y que permite afinar la aplicación de sí mismo y del CH80 es el deber de las AACC de cooperar con los órganos judiciales[1176] de manera directa para lograr la cabal aplicación reglamentaria y, por tanto, convencional lo que redunda en una gran ilustración para los jueces que no necesariamente por esa condición conocen a fondo los instrumentos referidos y su correcta aplicación.

El R2201/2003 contempla normas que tratan de establecer las relaciones entre el texto reglamentario con el CH80. En este punto no es muy clara la normativa porque empezando por el Preámbulo se explica que se seguirá aplicando el CH80, pero *completado* con las normas reglamentarias, luego el artículo 60 asegura que en las relaciones entre los Estados miembros se aplicará preferentemente el texto reglamentario; más adelante el numeral 2 del artículo 62 afirma que se seguirá aplicando el CH80 entre los Estados miembros que hayan adherido a los dos textos; en fin, no es claro el Reglamento; por ende, lo que se evidencia es que efectivamente sigue vigente el CH80 pero con las modificaciones que ha incorporado el Reglamento las que vienen a reforzar los mecanismos convencionales o a subsanar deficiencias convencionales como la relacionada al tratamiento del derecho de visita ya explicado.

El DIPr en el ámbito comunitario debe ser un medio para la integración[1177] y el R2201/2003

[1175] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit*.
[1176] *Ibídem*
[1177] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* Tomo IV, 2004, pp. 117-186.

es el vivo testimonio de los esfuerzos comunitarios realizados para lograrla, abonando así a la construcción de un espacio judicial común, en tanto ha logrado la armonización y unificación de conceptos.

2.6 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 (Bruselas II Ter)

El Consejo de Europa consciente de que las normas, aunque hayan funcionado bien, pueden ser mejorables[1178] se empeñó en ofrecer esta nueva regulación. Las incorporaciones hechas por la norma son varias, pero resaltaré algunas atinentes al contexto que nos convoca.

Resulta satisfactorio leer en el artículo 21 que se exalta el derecho de los menores a expresar sus opiniones, sin duda, esta disposición abona aún más al interés superior del menor y se aleja de la cultura adulto centrista que tanto daño ha hecho a niños, niñas y adolescentes. Esa enfática orden del Reglamento dista mucho de lo que el Bruselas II bis había podido establecer[1179], pues no solo es tímido sino también omisivo en esta dimensión.

Uno de los avances consiste en el progresa que se impone para resguardar de mejor manera el interés superior del menor. Sobre esta dimensión bien vale mencionar la audiencia del menor, que si bien estaba consagrado en el sistema de protección de derechos fundamentales en la Unión Europea, en marcos generales de la ONU y en el propio texto del Bruselas II bis, era necesario recalcarlo pues, había una tendencia a dejarla de lado, con cierta ligereza, en disputas trasfronterizas[1180], ese recalco indica que, de ser necesario, debe realizarse con la ayuda de las tecnologías de la comunicación[1181], lo primordial es hacer todo lo que esté al alcance del órgano jurisdiccional para llevarla a cabo, si así lo impone el interés superior del menor.

Resulta muy alentador que este nuevo Reglamento, *ad-portas* de entrar en vigor, exhorte a los Estados a concentrar el conocimiento de las causas de sustracción o retención ilícitos en el

[1178] Considerando (1) del 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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81122>.
[1179] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de…, *Op. Cit.*
[1180] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de…, *Op. Cit.*
[1181] Considerando (53) del Reglamento (UE) 2019/1111…, *Op. Cit.*

menor número de órganos jurisdiccionales[1182], en aras de la tan anhelada y conveniente especialización

Una omisión acusada por parte de la doctrina se refiere a directrices claras y contundentes cuando se solicita la restitución del menor en medio de un caso de violencia, ya doméstica, ya de género[1183], y en este punto hay que elevar la voz, porque si bien la intención de 1980 sigue estando en pie: lograr la restitución del menor a su Estado de residencia habitual, evitar el *fórum shoping*, al impedir que prosperen vías de hecho para eludir la competencia judicial correspondiente a los tribunales de la residencia habitual del menor, también lo es que no se puede decidir el retorno por el retorno, esto es, en abstracto, de espaldas a una verdad lapidaria y lacerante como es la violencia en todas sus manifestaciones.

Ahora bien, respecto de la celeridad que debe imperar en el trámite de las solicitudes de retorno, este Reglamento -en honor a la verdad evidenciada en la práctica judicial y administrativa[1184]- ha ampliado el plazo de resolución. Visto el reiterado, justificado o no, incumplimiento de las quiméricas 6 semanas de las que habla el CH80 ha extendido el plazo en el artículo 24.

Muy importante es que el Bruselas II ter va a dejar sin efecto la supresión del exequátur consagrada en el artículo 42 y que *ataba de manos* al Estado requerido, que no podía siquiera suspender la ejecución y mucho menos impugnarla *so pretexto* del interés superior del menor[1185]. Este desandado se aplaude, en tanto refuerza el respeto y garantía del interés superior del menor. Esta posibilidad que pronto estará vigente permite sopesar, evaluar y considerar las circunstancias que rodearían el retorno, sobre todo, si han variado en el tiempo que media entre la emisión de la orden de retorno y la oportunidad de su ejecución[1186], para suspender e incluso denegar el retorno en sede de ejecución si el retorno implica un grave daño al menor, en virtud de cambios en las circunstancias en las que se había ordenado[1187].

[1182] Considerando (41) del Reglamento (UE) 2019/1111…, *Op. Cit.*
[1183] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de…, *Op. Cit.*
[1184] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de…, *Op. Cit.*
[1185] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de…, *Op. Cit.*
[1186] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La libre circulación de resoluciones en la UE en el caso de la sustracción internacional de menores", en *Revista Justicia & Derecho,* vol. 3, núm. 2, 2020, pp. 1-19. Disponible en: https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/539
[1187] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La libre circulación…, *Op. Cit.*

Capítulo Tercero

3.1 Prácticas dentro del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980

3.1.1 Generalidades

España es miembro de la CHDIPr desde el 15 de julio de 1955; Venezuela lo es desde el 25 de julio de 1979; Colombia, por su parte, es Estado contratante, más no es miembro de la Conferencia[1188], pero, aun así, los tres han suscrito el CH80.

Con fundamento en la suscripción de los acuerdos derivados del CH80, el texto de dicha convención hace parte del ordenamiento jurídico interno de España[1189], Colombia[1190] y Venezuela[1191].

Hay que explicar, qué sucedió con la aplicación del CH80 en Colombia. Aplicación que empezó en 1996[1192] y, desde entonces, hace parte del bloque de constitucionalidad[1193]. Pero, la aplicación convencional sufrió un traspiés: la Corte Constitucional de Colombia declaró inaplicable, por inconstitucional, dos disposiciones de la Resolución 1399, promulgada en 1998, mediante la cual se establecía el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya

[1188] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRVADO (s/f). Otras partes conectadas. Details. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/states/other-connected-parties/details2/?sid=90>.

[1189] Entró en vigor el 1 de septiembre de 1987 tal como lo establece el 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 de 24 de agosto de 1987 (BOE-A-1987-19691), pero fue publicado nuevamente en el BOE núm. 155 de 30 junio 1989 ((Ref. BOE-A-1989-15167) y posteriormente en el BOE núm. 21 de 24 de enero de 1996 (Ref. BOE-A-1996-1497) para corregir algunos errores Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19691>.

[1190] La Ley 173 de 1994 por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980 fue publicada en el Diario Oficial número 41.643 de 22 de diciembre de 1994. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0173_1994.html>.

[1191] Cuya ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial número 36.004 de 19 de julio de 1996.

[1192] Cuando la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 174 de 1994 mediante la que se aprobaba el CH80 en sentencia C-402/95 de 7 de septiembre de 1995. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-402-95.htm>.

[1193] "(…) por mandato de la Constitución Nacional, donde en su artículo 93, numeral 2, establece que los derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por ello se eleva a la categoría de norma prevalente, que desarrolla sus preceptos en aras de garantizar que todo menor residente en un país miembro del convenio reciba de sus padres la protección, el amor y cuidados necesarios para su desarrollo integral". INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez y la adolescencia. Bogotá. (Sf), p. 38.

referente al secuestro internacional de menores[1194].

Con esa Resolución, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) como AC se arrogaba la competencia para -por intermedio de la Subdirección de Protección- conocer de las solicitudes de retorno que se interpusieran en aplicación del CH80. Del mismo modo, designaba competencia a los Defensores de Familia y a los Jueces de familia para resolver tales solicitudes.

No dudo de la buena intención y celeridad con la que se emitió tal Resolución, pero tuvo vigencia hasta el 15 de octubre de 2002 cuando la Corte Constitucional en sentencia T-357/02 decidió que debía ser inaplicada -específicamente los numerales 8 y 11[1195]- por inconstitucional. Todo, en razón de que se trataba de un acto administrativo que atribuía competencia a Defensores y Jueces de familia, en contravención de normas de rango constitucional que señalan que tal atribución es materia de reserva legal. Así, ordenó, igualmente, que la competencia era de los Juzgados civiles del circuito[1196] que, vale decir, no necesariamente están especializados en temas de familia y menores[1197].

3.1.2 Propósito convencional

En Venezuela, las pautas interpretativas de la letra convencional las ha impuesto la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencias donde deja sentada lo que se ha denominado doctrina vinculante. Así, ha establecido que: …"el objetivo de la Convención es precisamente evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hecho" [1198]; además, ha sostenido la Sala que la solicitud de retorno debe ser resuelta no solo en beneficio e interés de los menores afectados sino también en virtud de la obligación que tiene el Estado venezolano en rechazar y sancionar los hechos que se cometan contra los menores como es el caso del …"apartamiento ilícito de los menores o adolescentes del lado de las personas o instituciones que tuvieren el deber de guardarlos"[1199].

[1194] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Resolución 1399 de 1998…, *Op. cit.*
[1195] Es decir, los referidos a la atribución de competencias, pero el resto de la Resolución sigue vigente. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Manual para la…, *Op. cit.,* p. 61.
[1196] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-357/02…, *Op. cit.*
[1197] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit*.
[1198] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 579 de 20 de junio de 2000. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>.
[1199] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 579 de…, *Op. cit.*

También ha aseverado la Sala Constitucional, que para la aplicación cabal del CH80 y para la tramitación de la solicitud de retorno se debe aplicar el procedimiento ordinario contemplado en la LOPNNA para las instituciones como la custodia, responsabilidad de crianza, la obligación de manutención[1200] pero, con …"la respectiva reducción de lapsos, pues su tramitación debe hacerse compatible con la naturaleza breve y expedita de la solicitud de restitución internacional"[1201].

Añade la Sala, que no es necesario ni correcto solicitar el *exequátur* porque …"tal exigencia es incompatible con la finalidad y propósito del mismo, pues con éste [CH80] se persigue la restitución inmediata, es decir, expedita, del niño, niña o adolescente que haya sido trasladado o retenido ilícitamente"[1202], pues el trámite que implica el *exequátur* significaría una grave y perjudicial demora que mermaría la celeridad que impone el CH80; además, de que advertiría al progenitor sustractor de tal pretensión y le daría tiempo para trasladar nuevamente al menor a otro Estado, todo lo cual significaría para el menor la prolongación de su desarraigo[1203]. Desarraigo e inestabilidad, que le supone, al menor, perjuicios graves de diversa índole, amén de los daños colaterales a sus familiares[1204].

Así, con el CH80 los Estados parte …"proyectaron a través de su contenido hacer efectivo e inmediato el retorno del niño, niña o adolescente para evadirse de los inconvenientes que producen en éstos un cambio arbitrario de su entorno, de su ambiente habitual"[1205].

3.1.3 Es un Convenio *self-executing*

En principio, esa característica del CH80 lo convierte en un acuerdo internacional cuyas disposiciones son de aplicación inmediata, esto es, sin que sea necesarios ajustes en las legislaciones internas de los Estados parte, por ello se afirma que el CH80 permite ejercer una

[1200] Información proporcionada por un informante clave a través de un instrumento aplicado.
[1201] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 850 de 19 de junio de 2009. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/850-19609-2009-08-1529.HTML>
[1202] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 850 de…, *Op. cit.*
[1203] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 850 de…, *Op. cit.*
[1204] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España en los casos de sustracción interparental de menores", pp. 168-191, en *Revista Boliviana de Derecho.* (Bolivia), núm. 20, 2015.
[1205] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 850 de…, *Op. cit.*

acción directa[1206]. Pero, si bien es cierto, que el CH80 no impone a los Estados parte la obligación de crear un procedimiento interno *ad hoc* para aplicar adecuadamente el texto convencional también lo es que, España y Colombia[1207] han comprobado, por experiencia propia, que lo mejor para cumplir cabalmente con las obligaciones derivadas de la suscripción convencional es *acomodar* las normas internas procesales a la naturaleza y propósito del CH80. Lo que se logra mediante un *íter* procesal que sea el reflejo del propósito convencional, porque la indefinición de tales aspectos procesales deriva en demoras perjudiciales al interés superior del menor. El *silencio* de la ley interna ante las obligaciones convencionales redunda en …"un trabajo argumentativo demasiado complejo (…) leer e interpretar las normas procesales internas a la luz del efecto útil de las sustantivas de origen internacional"[1208].

En cambio, Venezuela no cuenta con una norma adjetiva para tramitar las solicitudes de retorno a propósito del CH80, lo que ha resultado en disímiles decisiones judiciales en virtud del procedimiento -arbitrariamente- seleccionado. Decisiones que generaron la necesidad imperiosa de que se impusiera jurisprudencialmente[1209] el *íter* procesal para estos casos. La verdad es que, si un Estado se hace parte del CH80, pero no realiza los ajustes internos necesarios para honrar la letra convencional, como por ejemplo sus normas procesales, equivale tanto a incumplir los mandatos convencionales. Ello, en razón de que al no señalarle a sus autoridades judiciales el cauce procesal que deben seguir para actuar con urgencia en estos casos, amén de tratarlos preferentemente, está haciendo depender la eficacia convencional de la discrecionalidad de un funcionario, quien puede elegir -sin tener mayor conocimiento de la *ratio* convencional- entre

[1206] LORENTE MARTÍNEZ, I. (2021). "Sustracción internacional de menores. especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor", en *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm. 13, pp. 966-973. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/6005>

[1207] "(…) no puede dejar de advertirse que la ausencia de una ley que de manera específica regule la aplicación en Colombia del tramite (sic) de restitución internacional de menores previsto en el Convenio de La Haya de 1980, ha dado lugar a confusiones y dilaciones injustificadas en el trámite de los procesos de restitución. Por esa razón, considera del caso la Corte insistir ante el Congreso de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional para que a la brevedad posible se tramite una ley que desarrolle de manera específica el contenido del Convenio". CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-891/03 de 6 de octubre de 2003. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-891-03.htm>. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*

[1208] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo", en *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, número 6, 1998, pp. 2207-2211, (p. 2209)

[1209] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 850 de…, *Op. cit.*

medios ordinarios dispendiosos y medios expeditos[1210]. Esa discrecionalidad, significa disminuir, sensiblemente, la eficacia y teleología del CH80: mantener el *statu quo ante*[1211] precedente a la sustracción[1212]. En otras palabras, el CH80 pretende que se restablezca la residencia originaria del menor, es decir, la que tenía antes de la sustracción o retención[1213].

La omisión referida arriba, tiene diversos efectos devastadores: el Estado miembro incumple con las obligaciones convencionales; el tiempo que dure el proceso facilita la integración del menor en su nuevo entorno; es decir, el tiempo del proceso juega a favor de las hipótesis convencionales de naturaleza exceptiva y en contra del restablecimiento del *statu quo* del menor; además, de que consolida la vulneración de los derechos -ya de custodia, ya de visita- del progenitor solicitante del retorno[1214].

De ahí, que el elemento tiempo en esta *ecuación* es determinante porque tiene resonancia en: a) los efectos perjudiciales sobre el menor sustraído; b) las implicaciones de su integración al nuevo entorno y; c) que el sustractor pueda capitalizar los efectos de la tardanza a su causa porque puede verificarse una excepción al retorno, relacionada con el transcurso del tiempo[1215]; por ello, hay que conjurar su transcurrir.

3.1.3.1 España

Es necesario reseñar, brevemente, los períodos de aplicación del CH80 en España, por cuanto los *inicios* convencionales no fueron los mejores; por tanto, los doctrinarios no dudan en

[1210] RODRIGO ROJAS, O., "Caso Ferrari c. Rumanía (II Parte)", *Bitácora Millenium DiPri*, núm. 0, 2015. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/n-142-caso-ferrari-c-rumania-parte-2>.
[1211] LORENTE MARTÍNEZ, I. "Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. el trato desigual en situaciones similares", en *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, núm. 1, 2019, pp. 825-833. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4656>.
[1212] RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C., JARNE ESPACIA, A. y CARBONELL, X. "Evaluación psicológica y legislación internacional: los traslados transfronterizos y sustracción de menores", en *Papeles del Psicólogo*, núm. 1, 2015, pp. 46-53. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/272495690_Evaluacion_psicologica_y_legislacion_internacional_Los_traslados_transfronterizos_y_sustraccion_de_menores>.
[1213] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de menores y convenio de la haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio", en *Cuadernos de Derecho trasnacional*, núm. 2, pp. 795-801, 2018. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4401>.
[1214] *Ibídem*
[1215] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de…, *op. cit.*, p. 797.

identificar claramente varias etapas[1216], que ubicadas en el tiempo son: 1) la que va desde la ratificación de España del CH80 hasta 1996 y 2) la que parte de la 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[1217].

La primera etapa, en virtud de una errónea interpretación convencional[1218], consideró que el CH80 era un instrumento de cooperación judicial [1219] que no de acción directa de retorno. Esa manera de concebir el CH80 derivó en la denegación indiscriminada de retorno de menores, aunado al abuso del literal b) del artículo 13[1220], y lo más grave, se creyó que era un Convenio de *exequátur* [1221] con la pretensión de hacerlo obligatorio[1222] cuando la verdad es que el CH80 no lo impone. En algunas ocasiones, la interpretación derivaba en errónea porque se fundamentaba en traducciones poco precisas del texto convencional[1223]; mayoritariamente las decisiones judiciales versaban sobre el fondo del asunto[1224]; los retrasos en la resolución de los casos estaban a la orden del día[1225]; y en el peor de los casos atendía a veladas posturas nacionalistas[1226].

Una de las razones de que la primera etapa no fuera tan esplendorosa, es que no se había comprendido cabalmente la celeridad que deben comportar los procedimientos para lograr el inmediato retorno del menor a la luz del CH80[1227]; lo que generaba serios errores de interpretación y por tanto de aplicación[1228]. Las incertidumbres eran de tal entidad que no se tenía claro siquiera los órganos que tenían competencia para decidir sobre el retorno del menor, y sobre la intervención

[1216]JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.,* pp. 124-125.
[1217] Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>.
[1218] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita…, Op. cit.,* p. 275.
[1219] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.,* p. 122.
[1220] Artículo 13: "No obstante lo dispuesto en el artículo (sic) precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: (…) b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable".
[1221] QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.* GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit.,* p. 204. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.,* p. 122.
[1222] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, *Op. cit.,* p. 275.
[1223] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "El Convenio de…, *Op. cit.,* p. 2208-2209.
[1224] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.*
[1225] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil…, *Op. cit.,* p. 177.
[1226] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita…, Op. cit.,* p. 275. LORENTE MARTÍNEZ, I. (2021). "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*, p. 973. LORENTE MARTÍNEZ, I. "La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas". *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2019, pp. 159-206. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7273493>
[1227] BORRÁS, A., "El papel de…, *Op. cit.*
[1228] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, p. 262.

del Ministerio Fiscal se llegó a considerar que no era necesaria porque el CH80 no la consagraba[1229].

Además, para la década en la que inició la aplicación convencional el ordenamiento jurídico español carecía tanto de normas sustantivas como adjetivas para prevenir y sancionar la sustracción, así como para tramitar el retorno[1230]. La sociedad civil no estaba aún consciente de la problemática que significa la sustracción y sus devastadores efectos[1231], amén de que el Estado español no mostraba mayor interés en legislar y avocarse al respecto, porque se contentó con ratificar un Convenio de cooperación entre autoridades[1232], pero sin contar con los mecanismos internos que hicieran efectiva tal cooperación[1233], insuficiencia que se traducía en serios impedimentos a la cabal aplicación del texto convencional, por lo menos, durante los años comprendidos entre 1987 y 1996.

En esta etapa y haciendo un acercamiento a la dimensión procedimental, España no contaba con un procedimiento acorde con el CH80; por tanto:

> …en la práctica se arbitró un procedimiento sencillo, acordando una comparecencia de la parte sustractora para que alegase lo que se considerase conveniente frente a la solicitud de restitución y tras informe del Ministerio Fiscal, se dictaba Auto concediendo o denegando la solicitud, Aunto (sic) recurrible a la Audiencia Provincial[1234].

Ello impedía que España estuviera acompasada con los "ritmos convencionales"[1235], lo que dificultaba seriamente cumplir con los brevísimos plazos contemplados convencionalmente.

Sobre la base convencional procedía una acción restitutoria del menor sustraído, pero tal pretensión no encontraba lugar en las normas procesales españolas vigentes para entonces; así, el dilema consistía en encontrar el *pasaje* procesal adecuado a un no *exequátur*, a unas no medidas provisionales, a una no comisión rogatoria; la intención convencional, en definitiva, no encontraba viabilidad procesal en España, y a lo que más se le asemejaba era a un procedimiento interdictal

---

[1229] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.* p. 126.
[1230] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.* ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.* GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.,* p. 84. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia*…, *Op. cit.,* p. 122. JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil…, *Op. cit.,* 176.
[1231] ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.,* p. 372.
[1232] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de…, *Op. cit*., p. 797.
[1233] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza …, *Op. cit*., pp. 229-230.
[1234] ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit*., p. 373.
[1235] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit*. p. 40.

de obra nueva[1236] o a un interdicto de cobro de la posesión (*restituto in integrum in infantem)*[1237].

En tanto, no se tenía el procedimiento adecuado, lo retardos en la resolución de los casos cobraban un *alto precio personal y convencional*: producto de esas dilaciones procesales se denegaban indiscriminadamente los retornos argumentado -en no pocos casos- que el menor había pasado tiempo suficiente en España, realidad que permitía su adaptación al medio. Entonces, las demoras generadas por el Estado español, que no por los solicitantes o las partes, derivaba en denegaciones, lo que terminó adjudicándole a las partes y al menor protegido convencionalmente las consecuencias del retardo procesal[1238].

Ahora bien, en relación con la AC tampoco se había comprendido cabalmente la disposición proactiva que debía tener, por tanto, su labor se parecía más a la de una oficina de correo -a donde y desde donde se enviaban comunicaciones- que a la de una AC propiamente dicha y sólo excepcionalmente absolvía una que otra consulta, pero nada más allá fuera de eso[1239].

A pesar de tanta *incomprensión convencional*, se reconoce una fase intermedia donde si bien hubo un acercamiento al CH80, coexistieron en España dos -si se quiere- bloques jurisprudenciales. Por un lado, el que seguía desconociendo la naturaleza jurídica del CH80, materializado en interpretaciones indebidas de las excepciones convencionales y, por otro, aquél que se mostraba respetuoso del propósito convencional y aplicaba de manera mesurada las excepciones al retorno, al tiempo que se desmarcaba de prejuicios nacionalistas. Pero, ambas posturas tenían que lidiar con la falta de un procedimiento *ad hoc* para la tramitación de las solicitudes de retorno[1240].

Era tal, la pobre actuación de España en la materia que en 1989 la Comisión Especial sobre Funcionamiento del Convenio de La Haya le llamó abiertamente la atención en su Resolución Final. Ese llamado de atención le requería la adopción de las medidas, legales y administrativas necesarias, para poder honrar las obligaciones convencionales que le implicaba el CH80. Esa *carencia legislativa* le costó a España la condenación del Tribunal Europeo[1241] en el caso Iglesias Gil y A.U.I. contra España, condena que derivó en un hito legislativo en la legislación penal

[1236] BORRÁS, A., "Problemas de Derecho…, *Op. cit.*
[1237] QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Cooperación jurídica internacional…, *Op. cit.*
[1238] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit.,* p. 85.
[1239] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.,* p. 65.
[1240] GARCÍA CANO, S., *Protección del menor*…, *Op. cit,* p. 205.
[1241] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 177.

española[1242]: la "tipificación penal del secuestro de menores por sus propios padres y familiares"[1243].

Ante las demoras injustificables en los procesos de restitución de menores, fue la insistencia pertinaz de los profesores Borrás y González Campos que cristalizó en la incorporación -a propósito de la promulgación de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996- de un procedimiento específico para la aplicación de la letra convencional, consagrado en la Sección 2ª del Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)[1244]. Procedimiento que se caracterizaba por unos plazos brevísimos y perentorios, para ahora sí *entrar en sintonía* con el CH80 e identificar la segunda etapa que España ha transitado desde la ratificación del texto convencional[1245]. Hay que advertir que esa Ley no era determinada y exclusiva para la materia, pero, aun así, procuró terminar con los retardos en la resolución de las solicitudes de retorno y con los inconvenientes que significó no tener certeza sobre el procedimiento que se debía seguir[1246].

Otro de los logros obtenidos fue la promulgación de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y del Código civil, sobre sustracción de menores[1247] que adecuaba las normas sustantivas al propósito convencional. La mayor bondad de estos logros era que se afrontaba el problema desde dos ángulos: el penal y el civil.

En el ámbito penal la novedad consistió en la incorporación del tipo penal de sustracción de menores (artículo 225 *bis* del Código Penal); un apartado nuevo del artículo 224 para el evento en que uno de los progenitores induzca al menor a abandonar su domicilio y la consagración de la sanción, en el artículo 622 del mismo Código, para los progenitores que inobserven el régimen de custodia, sin que subsuman su conducta en el presupuesto de hecho de los delitos de desobediencia

[1242] INCADAT. Caso: Iglesias Gil and A.U.I v. Spain, Requête no 56673/00, (2005) 40 E.H.R.R. 36. Disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/542>.
[1243] [1243] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 176.
[1244] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, 2021, pp. 134-152. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5955>.
[1245] PASCUAL, A., "Aplicación en España…, p. 174. ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit*. p. 373.
[1246] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 177.
[1247] Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-24044>.

o en contra de las relaciones familiares[1248].

La inconveniencia del tratamiento penal, para estos casos de relaciones familiares, siempre estará sobre el tapete, porque se debe sopesar y dimensionar adecuadamente si una medida penal propenderá o no a la finalidad: el retorno del menor[1249]. No obstante, se reconoce que su mayor eficacia radica, en la capacidad que tiene de disuadir al eventual sustractor, de llevar a cabo la actuación que terminaría con la sustracción o retención indebida[1250]. Pero, se dejan a salvo las grandes y serias reservas sobre si el Derecho penal está llamado a resolver problemas de orden familiar, máxime cuando no se ha resuelto siquiera en sede civil sobre el quid de la cuestión; por ello, parece tener justificación una solución penal, solo con carácter subsidiario y como último recurso[1251].

Simultáneamente, pero en la legislación civil, la novedad se tradujo en la consagración -en los artículos 103.1 y 158.3[1252] del Código civil- de medidas para conjurar la sustracción: prohibición tanto de salida del territorio nacional como de expedición o retiro del pasaporte del menor, según fuera el caso y la exigencia de la autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. El caso es que, para algunos doctrinarios, esas medidas no revisten novedad alguna, porque el artículo 158 del Código civil ya consagraba, desde 1981, una disposición que le permitía al juez decretar medidas conducentes a evitar daños y perjuicios para el menor. Por tanto, era una facultad tan amplia, que podía, desde 1981, adoptarse cualquier disposición necesaria para alcanzar el propósito: evitar la sustracción. Además, no se trata de medidas, de naturaleza estrictamente cautelar, porque no son en sí mismas instrumentales, provisionales ni pretenden "…asegurar la ejecución, anticipar el resultado del proceso o la efectividad del mismo" [1253],

[1248] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 178.
[1249] Basta recordar el emblemático caso de la ciudadana española María José Carrascosa, quien fue privada de su libertad en Estados Unidos por más de 9 años. Acusada de secuestro y desacato a una providencia judicial de ese país que le atribuía la custodia de su menor hija a su ex esposo, mientras que una providencia judicial proferida por la autoridad judicial en España se la atribuía a ella. Durante el tiempo de su encarcelación, la hija de ambos permaneció en España a cargo de sus abuelos maternos. Lo que da confirma que el tratamiento penal de la sustracción parental de menores no es, necesariamente, garantía de retorno del menor a su *statu quo.* Disponible en: <https://www.lasprovincias.es/valencia-ciudad/201701/13/sueno-americano-roto-20170112235940-v.html>.
[1250] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 178.
[1251] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 179
[1252] SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., "El riesgo de sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas", en Bitácora Millenium DIPr, núm. 14, 2021. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-99-el-riesgo-de-la-sustraccion-internacional-de-menores-como-fundamento-para-el-acuerdo-de-medidas-preventivas>.
[1253] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*, p. 186.

además se pueden acordar de oficio, pues su verdadera teleología es la salvaguarda del interés superior del menor[1254]. No obstante, hay que resaltar que solo proceden cuando se puede establecer con serios indicios de un temor fundado, no abstracto ni viable, de sustracción; entre los factores que deben considerarse para poder establecer el temor de sustracción se cuentan: el país del que es nacional el progenitor-eventual sustractor, los instrumentos internacionales suscritos en la materia suscritos por ese Estado; la conducta del progenitor de que se trate; los vínculos de arraigo de ese progenitor con España[1255]. Es necesario resaltar que el legislador no nombra siquiera esos elementos en el texto de los artículos referidos, lo que irradia en la seguridad jurídica, pues pudieran ordenarse medidas sin siquiera haber tomado en consideración lo enumerado, o emitirlas cuando no era necesario, lo que redunda en perjuicio de los derechos de circulación del menor[1256].

Pero, en materia procedimental se dio un paso atrás con la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[1257], hasta el punto en que se encontraba antes de la incorporación del procedimiento ya explicado en la LEC y que como una *máquina del tiempo* devuelve todo al marco de la LEC de 1881[1258] con el anacronismo procesal[1259] que eso significa.

Luego, y a propósito de la 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, que introdujo en el último texto citados los artículos 1901 a 1909, como Sección Segunda del Título IV, bajo la rúbrica de "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional"[1260], se inició una etapa de interpretación convencional acorde con su naturaleza y propósito.

Esa etapa ha permitido que España pase de ser señalada y llamada su atención por la errónea e ineficaz aplicación del CH80 -en las sesiones que en 1989 mantuvo la Comisión Especial sobre la Aplicación del Convenio de La Haya, en la que se evidenció que los mayores problemas sobre cooperación internacional y devolución de los menores los presentaba España[1261]- a ser reconocida por la adecuada aplicación del CH80 hasta el punto que en el marco de la sesiones de 1993 y 1997

[1254] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.,* p. 186.
[1255] SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., "El riesgo de…, *Op. Cit.*
[1256] SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., "El riesgo de…, *Op. Cit*
[1257] Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.
[1258] ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita*…, *Op. cit.,* p. 263.
[1259] ALONSO CARVAJAL, A., "Sustracción interparental de…, *Op. cit.,* p. 375.
[1260] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit*.
[1261] BORRÁS, A., "Comisión Especial de…, *Op. cit*.

de la Comisión Especial la delegada de España fue encargada de la presidencia de ambas reuniones[1262] y Vicepresidenta en la realizada en 2011[1263]. Todo esto, es indicador de que España ha entendido el CH80 y organizado internamente lo sustantivo y adjetivo para honrar la letra convencional, lo que da cuenta de que la redacción actual de esas normas procesales ha deliberadamente *acomodado* la legislación española al texto convencional[1264].

Y es que sus decisiones lo demuestran: las posturas son cada vez menos nacionalistas y encaminadas a interpretar correctamente la letra convencional y sus excepciones. También se debe reconocer que las decisiones son basadas en salvaguardar el interés superior del menor y procuran, en la medida en que sea procedente, cumplir con el objetivo convencional: el retorno del menor al Estado de su residencia habitual[1265]. Y digo, en la medida en que sea procedente, porque la interpretación y aplicación del CH80 no siempre resulta llana, antes bien, se requiere de un proceso de *filigrana lógico-jurídica* para poder desentrañar la solución que responda a la suprema tutela[1266] del interés superior del menor[1267], porque no se trata de ordenar el retorno por el retorno mismo. En esa medida, hay que prever la posibilidad de que el juez, en aras el interés superior del menor, desatienda o incluso contravenga el propósito convencional[1268]. Ese profundo y serio análisis sobre qué resulta ser el verdadero interés superior del menor, es insoslayable, así lo ha establecido el TEDH[1269].

A esas dos etapas y en virtud del R2201/2003 hay que añadir una tercera, que se caracteriza por la alteración convencional en el ámbito comunitario; por tanto, el texto reglamentario ha generado sensibles modificaciones, que han pretendido completar el texto convencional y adaptarlo a varios principios comunitarios como el de confianza mutua y el de supresión de *exequátur* para decisiones adoptadas en alguno de los Estados comunitarios.

Y, desde el punto de vista procesal, hay que reseñar que desde el 23 julio de 2015 entró en

[1262] BORRÁS, A., "Problemas de…, *Op. cit.*
[1263] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[1264] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[1265] LORENTE MARTÍNEZ, I. "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 973. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2019). "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 676. LORENTE MARTÍNEZ, I. "Competencia judicial internacional…, *Op. cit.,* p. 828, CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 135.
[1266] LORENTE MARTÍNEZ, I. "Competencia judicial internacional…, *Op. cit.,* p. 827.
[1267] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. "Sustracción internacional de…, p. 677.
[1268] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 135.
[1269] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 145.

vigencia la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)[1270] por medio de la cual se derogan los artículos que en la LEC regulaban el procedimiento que debe seguir el trámite de una solicitud de retorno.

Y es sí como se encuentra en el marco de la LEC el nuevo procedimiento comprendido entre los artículos 748 y 755 que pretenden actualizar[1271] el procedimiento de retorno, así como mejorarlo sensiblemente mediante la inclusión de las medidas cautelares y las comunicaciones directas entre autoridades judiciales y que propende a la especialización en la resolución de estos casos[1272]. La *historia convencional* del CH80 en España de la mano con este nuevo procedimiento es un capítulo que recién se empieza a escribir, pero sin duda, da cuenta del nivel de entendimiento que el Estado español y las ramas de su poder público han alcanzado en relación con la sustracción internacional de menores interparental[1273].

La práctica del CH80 en España se puede dividir así: administrativa y judicialmente. Administrativamente, se hará referencia –más adelante, en este Capítulo- exclusiva a la actuación de la AC mientras que judicialmente se describirá el procedimiento que se debe seguir hasta la obtención de la providencia judicial que decide sobre la solicitud de retorno. Y se hará especial referencia a posturas jurisprudenciales que han permitido posicionar últimamente a España como uno de los Estados parte que mejor interpreta y aplica el CH80.

3.1.3.2 Colombia

La Corte Constitucional ha establecido que sí es necesario que el trámite de retorno en sede administrativa y judicial sea …"desarrollado por la legislación de cada Estado, para definir de manera específica, tanto las autoridades competentes como los procedimientos de urgencia aplicables"[1274]; así el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con la Ley 1008 de 2006, por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia[1275]; con la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide

[1270] Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391>.
[1271] LORENTE MARTÍNEZ, I. "Competencia judicial internacional…, *Op. cit.,* p. 826.
[1272] Exposición de motivos de la Ley 15/2015. Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391>.
[1273] JIMÉNEZ FORTEA, J. "La tutela civil en España…, *Op. cit.*
[1274] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-891/03…, *Op. cit.*
[1275] Publicada en el Diario Oficial No. 46.160, de 23 de enero de 2006. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1008_2006.html>.

el Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA) y con la Resolución 1399 de 1998, por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de La Haya referente al secuestro internacional de menores.

La Ley 1008 de 2006 ordena que la competencia para conocer de las solicitudes de retorno la tienen los Jueces de familia y Jueces promiscuos de familia y donde no haya será de los Jueces civiles y Promiscuos municipales tal competencia es ratificada por el artículo 119 del CIA. La principal bondad que presenta la Ley 1008 de 2006 es que asigna la competencia a una jurisdicción especializada en asuntos de familia y menores, pues antes de su vigencia la competencia la tenían los Jueces civiles de circuito quienes no necesariamente contaban con ese conocimiento.

Las solicitudes de retorno o de regulación y organización del derecho de visita se tramitan en dos fases: administrativa y judicial, las que se han diferenciado claramente, incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 1008 de 2006[1276] y que serán explicadas en detalle más adelante.

3.1.3.3 Venezuela

En Venezuela el artículo 23 de la CRBV preceptúa que:

> Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. (subrayado mío).

Lo que significa que no se requiere de procedimiento previo alguno para aplicar sin dilación el texto convencional. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico y dentro de las normas sustantivas internas en Venezuela, se encuentra el artículo 390 de la LOPNNA que impone la obligación de restituir inmediatamente al menor:

> El padre o la madre que sustraiga o retenga indebidamente a un hijo o hija cuya Custodia haya sido otorgada al otro o a un tercero, debe ser conminado judicialmente a que lo restituya a la persona que ejerce la Custodia, y responde por los daños y perjuicios que su conducta ocasione al hijo o hija, debiendo reintegrar todos los gastos que se haya hecho para obtener la restitución del niño, niña o adolescente retenido.

[1276] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1021/10 de 10 de diciembre de 2010. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-1021-10.htm#_ftnref22>.

De la norma transcrita se derivan claramente tres obligaciones; una para el Juez: conminar judicialmente al sustractor a que restituya al menor y; dos para el sustractor: 1) Restituir al menor al progenitor custodio; 2) Sufragar los gastos necesarios para lograr la efectiva restitución.

El hecho de que el Juez deba conminar judicialmente al sustractor a retornar al menor no ha de entenderse como la obligación del Juez de tramitar inaudita parte una solicitud de retorno, pues de ser así se estarían vulnerando principios constitucionales como el debido proceso e incluso la letra convencional que contempla un procedimiento que debe surtirse para tramitar la solicitud de retorno. Pero, lastimosamente en Venezuela en varias oportunidades y a falta de norma procesal *ad hoc* se ha interpretado de esa manera. La adecuada interpretación del imperativo legal es que una vez agotado el procedimiento en el que las partes y el menor hayan sido oídos, se haya establecido la ilicitud de la retención o del traslado y descartada la procedencia de las excepciones convencionales al retorno el Juez, debe ordenar la restitución solicitada y ahí sí, conminar al sustractor para que cumpla sin dilación la sentencia proferida[1277].

Ahora bien, sobre el procedimiento que se debe seguir para tramitar una solicitud de retorno en el marco convencional no hay norma alguna en el ordenamiento jurídico venezolano que lo describa, lo que ha significado un largo y tortuoso camino transitado por las autoridades judiciales, quienes, a falta de precisión, han aplicado en cada caso el procedimiento que creen conveniente -con el riesgo de que elija no siempre el más breve[1278], algunas veces contrarios o distintos a la

[1277] BARRIOS, H., ¿"Sustracción, retención o restitución nacional e internacional de niños, niñas y adolescentes? Interrogantes más frecuentes, en MODOLELL, J. y SERRANO, C. (Coordinadores), Estudios sobre derecho de la niñez y ensayos penales. Libro homenaje a María Gracia Morais, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 19-34 (p. 22).

[1278] "En el caso bajo examen, la Juez Unipersonal n° 11 de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dictó un auto en el que acordó la aplicación supletoria del procedimiento que dispone el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, para la resolución de la restitución de guarda, lo cual contradice e impide la consecución del fin del artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que es la entrega inmediata del hijo que hubiere retenido indebidamente por el padre que no ejerce la guarda. Esta Sala hizo las consideraciones que preceden ya que ve con suma preocupación que una institución como la restitución de guarda, que es tan expedita (vid. artículo 390 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), en el caso de autos tenga una tramitación de casi dos años. La materia de protección del niño y del adolescente, es intensamente delicada, porque en ella se debaten instituciones familiares, tales como en el caso de autos -la guarda-, en la cual los jueces deben tener un amplio conocimiento sobre el significado, contenido y procedimientos aplicables. En el futuro se deben evitar los graves errores en los que se incurrió en esta causa para que no ocurran dilaciones que entorpezcan la estabilidad y contraríen el interés superior de los niños que están involucrados en estos juicios". SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 2609 de 17 de noviembre de 2004. Magistrado ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2609-171104-04-1257.HTM>.

naturaleza del asunto[1279], lo que permite actos procesales incompatibles e innecesarios[1280], o creando nuevo estatus[1281]- con los perjuicios que para el menor hijo sustraído implica la demora en la adopción de una decisión y su consecuente ejecución[1282].

Ante la ausencia de norma jurídica adjetiva la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha proferido varias sentencias en las que ha marcado ciertas pautas procesales, todas vinculantes, para tramitar las solicitudes de restitución internacional sobre la base de la acción de

---

[1279] "Se desprende de la norma transcrita ut supra, el deber en que se encuentra el funcionario de conminar judicialmente al padre o la madre que haya sustraído o retenido indebidamente a un hijo, a que lo restituya a la persona que ejerce la guarda. Sin embargo, no consagra un procedimiento especial para la restitución de la guarda, motivo que dio inicio al caso de autos, como tampoco pena o sanción alguna como consecuencia a la negativa de su cumplimiento. En efecto, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente consagra en su articulado diversos contenciosos a los cuales, como la restitución del niño prevista en el artículo 389, no precisó procedimiento judicial alguno, creándose así todo un vacío legal al respecto. Es precisamente ese vacío legal lo que ha conllevado a los juzgadores en la materia a aplicar procedimientos contrarios o distintos para la resolución del caso, previstos en leyes sustantivas o adjetivas, como el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. En el caso *sub lite*, a los fines de pronunciarse sobre la apelación ejercida contra el fallo emitido por la Sala de Juicio n° 4 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, el 5 de junio de 2003, el Juzgador de alzada aplicó el procedimiento contencioso previsto en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, y cuyo artículo 454 consagra las distintas etapas en que se desarrolla dicho procedimiento, lo cual contradice e impide la consecución del fin previsto en el artículo 390 *eiusdem*, cual es la entrega inmediata del hijo que hubiere sido retenido indebidamente por aquel padre que no ejerce la guarda". SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia número 2779 de 12 de agosto de 2005. Magistrado ponente: Francisco Antonio Carrero López. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2779-120805-03-2736.HTM- >.

[1280] "La excesiva demora tuvo lugar como consecuencia de los errores cometidos de igual manera en la tramitación de la solicitud, con ocasión de la cual se produjo la sentencia cuya revisión se solicita, en cuyo proceso se observa cómo el juez de la instancia permitió incluso que se plantearan contestaciones, reconvención, acto conciliatorio, audiencias, reposiciones, reforma de la solicitud, promoción y evacuación de pruebas, medida cautelar, sentencias interlocutorias, fijación de régimen de visitas, articulaciones probatorias, informes sociales y psicológicos, acumulación de causas (con un juicio de divorcio), etcétera (…)". SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia número 820 de 6 de junio de 2011. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/820-6611-2011-09-0550.HTML>.

[1281] "Debe la Sala insistir respecto al procedimiento de restitución de guarda, hoy custodia, como lo estableció *supra*, que el mismo no admite, en principio, otro tipo de consideraciones distintas a la restitución o no del niño, niña o adolescente retenido indebidamente, es decir que, en principio, el fallo que se dicte con ocasión de dicho proceso no debe crear un nuevo *status*, o modificar las condiciones que estuvieren fijadas, bien por las partes o por otro órgano del sistema de protección de aquéllos, pues la concepción que ha tenido el Legislador de este procedimiento es la de un medio de ejecución de un acuerdo previo judicial o extrajudicial en el que se ha establecido de manera categórica la condición del niño, niña o adolescente. Ciertamente, el establecimiento de regímenes distintos a la simple procedencia de la solicitud o no, es algo que está vedado al juez por ser incompatibles al fin perseguido por el procedimiento que se analiza, desnaturalizando su esencia, como lo alegó la solicitante en su escrito, debido a que como quedó expuesto el juez de la causa realizó consideraciones que no correspondían, a la naturaleza del caso. En tal virtud, considera la Sala que tales irregularidades debieron ser corregidas por el tribunal de alzada, que no sólo no lo hizo, sino que, además, incurrió en el mismo error del tribunal de la causa". VENEZUELA.TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia número 820 del 6 de junio de 2011. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Caso: Adith Auxiliadora Grippa Farias. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/820-6611-2011-09-0550.HTML>.

[1282] VENEZUELA.TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia número 766 de 27 de abril de 2015. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Caso: Douglas Rafael Rodríguez Marval. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/766-270407-07-0130.htm>.

restitución de guarda contemplada en el artículo 390 de la LOPNNA.

Así, en Sentencia 766 del 27 de abril de 2007 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admitió que: …"no fue la intención del legislador la tramitación de un proceso como tal, para la resolución de una solicitud de este tipo"[1283] y ordenó que las acciones que pretenden la restitución de la guarda se resuelvan, en sede judicial, mediante un procedimiento en el que, si bien es necesaria la notificación del demandado no lo es la apertura de un lapso probatorio y menos la solicitud de informes de expertos sobre la situación integral del menor o de los progenitores; porque la elaboración y posterior evaluación de tales experticias atenta contra la celeridad del procedimiento. De ser necesario al criterio del Juez se abrirá un lapso probatorio innominado con fundamento en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

La misma Sala, en sentencia 820 de 26 de junio de 2011 ha sostenido que los asuntos relacionados con la protección integral de los niños, niñas y adolescentes tienen una naturaleza exclusivamente social y que demandan un …"alto grado de sensibilidad en sus operadores y requiere la humanización de las instituciones procesales"[1284], lo que no implica su desconocimiento, sino que su aplicación debe hacerse dimensionando y proyectando los efectos para que conduzcan a decisiones …"bien ponderadas, que mantengan un equilibrio entre las instituciones familiares y el debido proceso judicial[1285].

En virtud del vacío legal adjetivo en Venezuela, la Sala Constitucional ha descrito los rasgos del proceso que debe surtirse para tramitar la restitución del menor:

> …se trata de un mecanismo procesal, de los denominados de urgencia, por su naturaleza breve y expedita, que contiene un contencioso eventual o potencial, donde el juez se encuentra limitado a determinar exclusivamente si procede o no la restitución de la custodia del niño, niña o adolescente, pero que, en ningún caso, crea cosa juzgada, ni formal ni material, toda vez que aun cuando no proceda la restitución de quien había venido ejerciendo la custodia de hecho, legal o judicialmente, el juez no puede en procedimientos de este tipo atribuir la misma a ninguno de los progenitores, pues (…) para ello, existen vías judiciales previstas para discutir lo relativo a la responsabilidad

[1283] VENEZUELA.TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia 766 de 27 de abril de 2015. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Caso: Douglas Rafael Rodríguez Marval. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/766-270407-07-0130.htm>.
[1284] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 820 de…, *Op. cit.*
[1285] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 820 de…, *Op. cit*.

de crianza de los niños, niñas y adolescentes[1286]

Igualmente, la Sala Constitucional ha establecido los presupuestos que deben concurrir para que proceda la restitución de guarda ordenada por el artículo 390 de la LOPNNA ya referido:

> 1) Que se haya establecido judicialmente quien será el detentador de la guarda y;
> 2) Que se haya producido una retención indebida por el otro de los progenitores, que sin detentar la guarda y disfrutando del derecho de visitas, no haya devuelto al niño y/o adolescente al guardador[1287].

Es muy común, que los jueces competentes, en el marco del proceso, soliciten al Equipo multidisciplinario, adscrito al Sistema de Protección, la práctica de un Informe integral al grupo familiar del menor sustraído, lo que ha establecido la Sala no es la prueba idónea. Por el contrario, en estos casos …"lo pertinente es demostrar que tiene la guarda sobre el niño y/o adolescente, y que se ha producido una retención indebida" [1288]. Por tanto, la Sala ha prohibido a los jueces ordenar y valorar estos informes en el marco del proceso, porque la espera que eso implica, atenta contra la … "naturaleza breve y expedita del procedimiento de restitución internacional. Siendo (sic) necesario destacar la importancia del factor tiempo en estos procesos, debiendo (sic) las autoridades actuar con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del menor en el país al cual fue trasladado o retenido"[1289].

Sobre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ha sostenido la misma Sala que:

> …en este tipo de proceso, al no discutirse derechos sobre objetos, no resulta aplicable el formalismo y rigidez que caracteriza al derecho procesal ordinario; el principio dispositivo en estos procesos se encuentra relegado, aquí privan otros principios y otros paradigmas distintos a los que gobiernan el derecho civil o mercantil, de allí que la procedencia de los convenios entre las partes, las transacciones y el desistimiento se encuentran condicionados al interés superior del niño y a otros principios relacionados con el bienestar del niño, niña o adolescente y en ese sentido el juez de protección, no

[1286] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 1181 de 25 de julio de 2011. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1181-25711-2011-09-0235.HTML>.
[1287] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 766 de 27 de abril de 2015. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/766-270407-07-0130.htm>.
[1288] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia 766 de…, *Op. cit.*
[1289] SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sentencia de 17 de diciembre de 2014. Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173117-1792-171214-2014-14-1002.HTML>

> se encuentra atado por las declaraciones de los progenitores; al contrario, antes es menester analizar de acuerdo a (*sic*) las circunstancias cuál es la solución favorable a aquéllos, pues priva en esta materia la indisponibilidad de los derechos en beneficio de los infantes y adolescentes[1290].

Como se observa, las pautas de la Sala Constitucional han sido marcadas a *cuenta gota*, y al operador de justicia no le queda más que valerse de tales pronunciamientos jurisprudenciales para descifrar el *iter* procesal de la acción de restitución con todos los riesgos que la interpretación individual pueda traer consigo. Porque si bien, las sentencias reseñadas son vinculantes también lo es que ante la falta de una norma jurídica que claramente marque el camino procesal son muy altos los riesgos de procederes indebidos e incompatibles, lo que equivale a una dinámica fundamentalmente de ensayo y error para los jueces que por primera vez se encuentran ante estos casos, y en otras ocasiones el desconocimiento de la *ratio* convencional aunado a esta ausencia normativa deriva en injustificadas denegaciones, demoras y daños irreparables. Porque, por ejemplo, se encuentran causas que han sido surtidas por procedimientos contemplados en el Código de Procedimiento Civil[1291] que no en la ley especial en materia de menores en Venezuela: la LOPNNA.

Incluso, la misma Sala Constitucional ha proferido alguna consideración que atenta contra la fuerza convencional, tal es el caso de la sentencia 333 de 28 de febrero de 2007[1292] donde el Magistrado ponente al finalizar la motivación para decidir advierte al demandante y a su adolescente hija que:

> …la situación de la guarda de la adolescente puede ser modificada, conforme al procedimiento previsto en el artículo 361 *eiusdem*, y que no está vinculado con el procedimiento de restitución de la adolescente al padre o la madre, quien la ejerce conforme a un acuerdo voluntario o a una decisión judicial

Me pregunto: ¿Cómo sugiere la Sala al accionante la posibilidad de que pueda modificarse la guarda conforme al procedimiento establecido en la LOPNNA si lo que hizo en la sentencia fue

---

[1290] VENEZUELA.TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia número 820 del 6 de junio de 2011. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Caso: Adith Auxiliadora Grippa Farias. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/820-6611-2011-09-0550.HTML>.

[1291] Auto dictado el 15 de noviembre de 2006 por la Sala de Juicio Nº 3 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas contra el que se interpuso acción de amparo resuelto en apelación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 333 de 28 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>.

[1292] Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>.

declarar inadmisible una acción de amparo contra una sentencia que ordena la restitución de la adolescente a Estados Unidos, Estado de residencia habitual? Resulta, pues, no solo contradictorio[1293] sino desconcertante que la Sala Constitucional inobserve la prohibición convencional de alteración del foro. Alteración que, de hecho, pretendió el progenitor de la adolescente y que no fue legitimado por la sentencia en primera instancia que ordena el retorno a los Estados Unidos y que ahora, por fuerza de la sentencia de la Sala Constitucional, se vislumbra como una posibilidad.

Por ello, mal pueden las autoridades venezolanas conocer y pronunciarse sobre la cuestión de fondo en este caso cuando ya se ha establecido que lo procedente es la restitución de la menor al Estado de su residencia habitual, siendo las autoridades competentes en este Estado las que pueden pronunciarse al respecto por encontrarse mejor ubicadas, como ya se explicó en el Capítulo anterior.

En sentencia de 9 de abril de 2013, la Jueza de Enlace de la Red Internacionales de Jueces de la Haya, Rosa Isabel Reyes Rebolledo[1294], a propósito de una sentencia que conocía en alzada desplegó una muy ilustrativa labor pedagógica, que de manera detallada describe el procedimiento que debe surtirse para tramitar una solicitud de restitución internacional.

Si bien la jerarquía de ese Tribunal es menor que la Sala Constitucional sus dictámenes son vinculantes en la materia en el sistema de protección de niños, niñas y adolescentes. Además, considero que en esa sentencia la Juez reunió sistemáticamente el *iter* procesal que se venía construyendo a retazos a propósito de las sentencias de la Sala Constitucional.

Sin querer entrar en detalles me parece que son merecedoras de reseña las características del proceso descrito que enumero a continuación:

1. El Juez debe avocarse, de inmediato, al conocimiento de la causa, paso seguido debe adoptar las medidas urgentes que se requieran para localizar al menor, una vez localizado debe dar cuenta inmediata a la AC.

[1293] RODRÍGUEZ MÉNDEZ, G., "Sustracción y restitución internacional. Derecho aplicable. Tratados. Mecanismos de aplicación. Ejecución.", *Colección Memorias, II Jornada Nacional de Protección Integral de la Familia* (Caracas), 2012, pp. 79-86 (p. 86)

[1294] Que a la vez es Jueza del Tribunal Superior Primero del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional

2. La AC deberá solicitar que se adopten o adoptar las medidas que lleven a la restitución voluntaria del menor.
3. De no lograrse, debe interponerse una demanda de restitución dentro de los treinta días siguientes, una vez admitida debe seguirse el procedimiento que se señala en la Sentencia número 850 del 19 de junio de 2009 de la Sala Constitucional.
4. En el marco del procedimiento no podrán ser admitidas cuestiones previas, incidencias ni reconvenciones que signifiquen dilaciones.
5. El auto que declara inadmisible la demanda de restitución es apelable.
6. El demandado de ser admitida la demanda deberá contestarla y podrá oponerse argumentando las excepciones convencionales al retorno, ninguna otra.
7. De requerirse en el marco del proceso el uso de tecnologías de comunicación se solicitará por oficio a la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia y de todo lo actuado deberá remitirse al Juez de enlace.
8. En la fase de mediación la audiencia preliminar debe llevarse a cabo a pesar de la ausencia de los citados se intentará la conciliación, de lograrse será homologada por el Juez.
9. De no lograrse la mediación se oirá al Fiscal del Ministerio Público, se oirá al menor y se resolverán las implicaciones procesales que apunten a la decisión final.
10. En la fase de sustanciación de la Audiencia Preliminar se evacuarán las pruebas que a criterio del juez tiendan a demostrar alguna de las excepciones convencionales y aquellas que sean necesarias para tomar una decisión. No debe solicitarse informe del Equipo Multidisciplinario.
11. Sustanciada la causa será remitida el Juez de Juicio quien deberá decidir en el menor plazo posible sin entrar a conocer de la custodia y deberá tomar todas las medidas preventivas para evitar que resulte ilusoria la decisión sobre la restitución.
12. La sentencia ordenando o denegando el retorno tiene apelación en ambos efectos para evitar un traslado del menor antes de que sea revisada la sentencia.
13. La decisión que resuelva el recurso de apelación tiene el recurso de control de legalidad o recurso extraordinario de amparo si ha violentado una norma de orden público[1295].

[1295] TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO DEL CIRCUITO JUDICIAL DEL TRIBUNAL DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS Y NACIONAL DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Sentencia de 9 de abril de 2013. Jueza Rosa

Al margen de esas pautas impuestas, jurisprudencialmente, es necesario reseñar que, en junio de 2013, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela organizó y llevó a cabo el I Congreso sobre Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, y en el marco del evento se presentó una propuesta de anteproyecto de Ley sobre el procedimiento especial de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta que, a la fecha de la redacción de este trabajo, no se ha presentado formalmente ante la Asamblea Nacional para su discusión y aprobación, y está lejos de ser incorporada en la agenda legislativa.

En suma, en Venezuela no existe norma jurídica adjetiva alguna que sintonice con la letra convencional, lo que atenta contra la efectividad del CH80. Todo lo cual, hace que los esfuerzos de la Oficina Permanente, la Comisión Especial, los encuentros de las AACC se desvanezcan en los estrados judiciales venezolanos, porque el desconocimiento de la *ratio* convencional sumado a la ausencia de normas jurídicas procesales redunda en decisiones alejadas de los objetivos convencionales.

3.1.4 El interés del menor en el CH80

Se ha mantenido la convicción de que no hay una declaración expresa y sostenida del interés del menor en el CH80, pero en los países de referencia se ha establecido que todas las decisiones que se adopten en materia de menores deben estar informadas del principio de su interés superior. Porque, la prevalencia de los derechos de los niños y adolescentes se impone relativizando los derechos de los mayores, en estos casos, los intereses y pretensiones de sus progenitores.

3.1.4.1 España

En varias decisiones judiciales en la materia, se ha dejado sentada la obligación de orden público de que las decisiones adoptadas en materia de menores deben tomar en consideración el interés superior del menor[1296]. Ahora bien, parte de la doctrina ha entendido que el interés superior del menor en el marco convencional equivale, en primera instancia, al retorno inmediato del

Isabel Reyes Rebolledo. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2013/abril/2454-9-AP51-R-2013-003153-PJ0562013000026.html>.

[1296] GONZÁLEZ BELFIUSS, C., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de abril de 1997. Ponente: Doña Eulalia Amat Llari", *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 1998, p. 232.

menor[1297], pero, curiosamente, el mismo texto contempla excepciones para el retorno que se fundamentan en el mismo interés superior. Por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, se presta para disímiles orientaciones: por un lado, la discrecionalidad de la autoridad judicial, porque solo será ella la que, en cada caso[1298], pueda darle contenido al concepto. Y, por otro lado, el contenido que el intérprete en cada caso le confiera dependerá en gran parte de las coordenadas geográficas del Estado en el que se resuelva sobre la solicitud de retorno, y eso pasa, inexorablemente por la cultura autóctona y por el sistema jurídico que rija en el Estado en cuestión.

3.1.4.2 Colombia

La Corte Constitucional[1299] ha establecido que el CH80 contempla y respeta el interés superior del menor además de que lo erige como el fundamento tanto para la acción directa de retorno como para las hipótesis exceptivas, así que el mismo principio sirve para decisiones en uno u otro sentido. Porque, aunque el primordial objetivo convencional es el retorno del menor por entender que su reintegración al medio de residencia habitual enaltece su interés también ha contemplado las excepciones cuando se corroboren los presupuestos descritos convencionalmente[1300].

3.1.4.3 Venezuela

En el marco de las motivaciones de la Sala Constitucional en materia de amparo contra sentencia de sustracción se ha sostenido que el eje de la toma de decisiones debe ser el interés superior del menor, porque el menor hijo en estos casos no es un:

> …objeto sobre el cual se pudiese transigir, como si se estuviese negociando acerca de los bienes que integran a la comunidad conyugal entre los cónyuges, por ejemplo, en la que uno cualquiera de los cónyuges en conflicto hubiese podido decidir quién se quedaría con un bien

[1297] JIMÉNEZ BLANCO, P., "Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda) de 24 de diciembre de 1994. Ponente: Excmo. Sr. A. Martínez Zamora", *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 1996, pp. 289-290

[1298] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in times of COVID-19., s/n, 2020. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

[1299] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1021/10 de 10 de diciembre de 2010. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-1021-10.htm#_ftnref22>.

[1300]CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1021/10 de…, *Op. cit.*

y quién con otro[1301].

En defensa del interés de los menores, en estos casos, se ha sostenido que el enfrentamiento judicial de los progenitores debe zanjarse con una decisión que sea garante del interés superior de los hijos velando por:

> …su bienestar afectivo, psíquico y moral, tomando en cuenta que el derecho a frecuentar a los padres, es también de los niños y no únicamente de aquellos. De tal modo que las decisiones no tienen por objeto favorecer a una de las partes, antes, por el contrario, benefician a los niños, niñas y o adolescentes, fortaleciendo la institución familiar; no ocurre como en otros procesos judiciales cuando dos partes se confrontan y sólo una de ellas, salvo excepciones, resulta favorecida con la decisión judicial. En esta materia los contendores ni ganan ni pierden debe ganar el núcleo familiar apoyo de los hijos y cuando están en edad minoril sujetos del sistema de protección integral. En otras palabras, las decisiones que profieren los Tribunal (sic) de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes tienen por norte garantizar a niños, niñas y adolescentes el sistema integral de protección jurídica y no en cambio hacer ganancioso a uno de los progenitores en los juicios de custodia sobre los hijos[1302].

De otro modo, se atentaría contra la naturaleza tuitiva del CH80 y se desconocerían todas las conquistas en pro del interés superior del menor que se han logrado en Venezuela desde la entrada en vigencia de la LOPNA.

3.1.5 Es un Convenio CIA

3.1.5.1 España

Sobre la AC, en España, esto es, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia[1303], es conveniente reseñar que mantiene comunicación continua con los jueces españoles[1304] y con las AACC iberoamericanas y estadounidense[1305]. El

[1301] VENEZUELA.TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia número 820 del 6 de junio de 2011. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Caso: Adith Auxiliadora Grippa Farias. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/820-6611-2011-09-0550.HTML>.

[1302] VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia número 1308 de 1 de agosto de 2011. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán. Caso: Rubén Hernández Remón. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1308-1811-2011-10-0673.HTML>.

[1303] En el documento de ratificación del CH80 se relaciona a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. MONTÓN, M., La sustracción de menores por sus propios padres, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 85.

[1304] Manteniendo esta comunicación la AC española honra una de las recomendaciones de la Comisión Especial de 2011. BORRÁS, A., Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1 a 10 de junio de 2011), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 2011, pp. 314-320.

[1305] BORRÁS, A., Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (30 de octubre de 2006), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 2006, pp. 1110-1116.

alcance de su actuación varía en tanto y en cuanto España sea Estado requerido o requirente.

3.1.5.1.1 España como Estado requirente

En este presupuesto la AC española luego de verificar que la solicitud cumple con los extremos exigidos[1306] la remite al Estado requerido donde se cree pueda estar el menor, con esta actuación cesa, en principio, la obligación de España, pero hay que considerar algunas dificultades que deben ser superadas por la AC española: localización del menor, defensa judicial y jurídica para el demandante entre otras.

En punto de la localización del menor son bretes de variada índole con los que se puede encontrar la AC española. Por ejemplo, cuando el Estado requerido es Estados Unidos, la localización del menor se inicia sólo hasta que la AC requerida ha recibido todos los documentos traducidos al inglés que solicita. Entonces, Estados Unidos tiene -inexplicable e injustamente en mi sentir- dos AC para el CH80, una para cuando es requerido: una ONG y otra cuando es requirente: el Departamento de Estado[1307]. Tal asimetría jurídica, política y económica primero no se explica fácilmente[1308] y, además, deja abierta la duda acerca de los recursos con los que cuenta la ONG para localizar al menor, pues se han presentado casos donde ha dado parte de localización pasados cinco meses y hasta después de transcurrido un año luego de haber remitido la solicitud de retorno[1309]. La falta de celeridad en la búsqueda del menor es la razón de la duda.

Existe posibilidad de que la AC del Estado requerido no cuente con los recursos necesarios para, en primer lugar, localizar al menor. En este caso, España requiere los servicios de INTERPOL[1310] España[1311] para labor de localización del menor.

[1306] Los requisitos están enumerados en el artículo 8 del CH80 y la AC española tiene la proforma disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338909351?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSolicitud_de_Devolucion_en_Ingles.PDF>.

[1307] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*, p. 132.

[1308] Pues parece que Estados Unidos está *lanza en ristre* cuando requiere pero no manifiesta el mismo ímpetu cuando es requerido.

[1309] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.*, p. 113.

[1310] "La mayor organización policial internacional del mundo.". Disponible en: <http://www.interpol.int/es>.

[1311] "La Oficina Central Nacional (OCN) de INTERPOL en España está integrada en la estructura del Cuerpo Nacional de Policía: concretamente, en la División de Cooperación Internacional, dependiente de la Dirección Adjunta Operativa. INTERPOL Madrid está integrada por funcionarios de las distintas escalas pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, expertos en análisis de información, idiomas, derecho y protección de datos de carácter personal. Junto con ellos, en sus oficinas, se encuentran agregados de otros cuerpos policiales, tanto de la Guardia Civil como de las policías autonómicas (Mossos d'Escuadra, Ertzaintza y Policía Foral de Navarra), con objeto de mejorar la coordinación policial interestatal. Finalmente, también destacados en la OCN existen algunos oficiales de enlace

Una vez recibida por la AC requerida, la solicitud puede ser que ésta considere que el menor se encuentra en el territorio de otro Estado y ahí surge la obligación, en virtud del artículo 9[1312] del CH80, de remitir la solicitud para que sea ésa la AC que despliegue sus actuaciones. Y ahora la comunicación será entre la AC española y la AC a la que le remitieron la solicitud de retorno.

Ahora bien, si la AC requerida considera que el menor se encuentra en su territorio debe abocarse a realizar todas las gestiones, trámites y diligencias tendentes a la localización y restitución del menor[1313].

En virtud de la reserva al artículo 16[1314] que los Estados parte pueden hacer para no resultar obligados a sufragar gasto alguno a propósito de asistencia judicial y jurídica se presentan serios inconvenientes porque la información que algunas AC han suministrado sobre el procedimiento que debe surtirse para poder acogerse a un sistema de asistencia judicial y jurídica es muy escasa, precaria y poco clara[1315].

Y si realmente no hay posibilidad de esa asistencia la AC española enfrenta grandes obstáculos en la consecución de abogados que quieran asumir estas causas. Lo cual redunda en

---

extranjeros acreditados en INTERPOL (italianos y franceses), y funcionarios de los cuerpos generales de la Administración. En el organigrama de las OCN figura un Comisario Jefe, dos secciones operativas (cuatro grupos operativos dedicados en especial a la cooperación judicial internacional y otros cuatro a la cooperación policial) y una sección de análisis. La división de funciones corresponde a los distintos ámbitos delictivos y formas de cooperación que trata cada uno de estos mandos. La OCN de Madrid cumple todos los requisitos y normas de calidad establecidos por la OIPC-INTERPOL y ha superado los controles y evaluaciones realizados. Está en funcionamiento todos los días del año." Disponible en: <http://www.interpol.int/es/Pa%C3%ADses-miembros/Europa/Espa%C3%B1a>.

[1312] "Artículo 9 Si la Autoridad Central que recibe una solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 tiene razones para creer que el menor se encuentra en otro Estado contratante, transmitirá la solicitud directamente y sin demora a la Autoridad Central de ese Estado contratante e informará a la Autoridad Central requirente o, en su caso, al solicitante".

[1313] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.*, p. 93.

[1314] Artículo 26. "Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio. Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor. Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico. Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor".

[1315] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, p. 130.

demoras que traen las consecuencias convencionales de cara a las excepciones al retorno ya explicadas, porque el proceso judicial no se puede iniciar sin que el demandante tenga apoderado[1316].

Una vez lograda la orden de retorno o la nueva organización del derecho de visita puede suceder que la AC requerida cese en sus funciones de coordinación, así a pesar de contar con la orden de restitución no se ejecuta porque no se impulsa debidamente, y a España le queda muy difícil lograr tal ejecución porque generalmente se trata de países donde no hay prevista una asistencia jurídica gratuita[1317]. Tal como sucede en los casos en relación con Estados Unidos donde la falta de esta asistencia complejiza el curso procesal de las causas y los retornos[1318].

3.1.5.1.2 España como Estado requerido

3.1.5.1.2.1 Recepción de la solicitud

La Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional debe verificar que la solicitud se haya hecho conforme las exigencias convencionales porque el artículo 27[1319] exime a las AC de tramitar solicitudes insuficientemente interpuestas. Pero no solo se trata de un análisis sobre los recaudos sino también la AC debe verificar que se trata de un verdadero traslado o retención ilícita; que se ha vulnerado el derecho de custodia; que realmente el menor tenía su centro de vida en el Estado requirente[1320]. En este punto, es conveniente evidenciar el riesgo que puede significar que sea una autoridad administrativa la que rechace una solicitud de restitución, porque pareciera que está usurpando funciones jurisdiccionales.

Al respecto, las CyRCECH802011[1321] exhorta a las AACC a que tengan sumo cuidado a la hora de rechazar una solicitud. Antes de hacerlo, deben agotar todos los recursos que estén a su alcance, como el de solicitar aquellos recaudos necesarios para tramitar la solicitud y esperar un

[1316] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.,* p. 130.
[1317] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*
[1318] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.,* p. 101.
[1319] "Cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente Convenio o que la solicitud carece de fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central informará inmediatamente de sus motivos al solicitante o a la Autoridad Central por cuyo conducto se haya presentado la solicitud, según el caso".
[1320] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*
[1321] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996. Junio de 2011. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/concl28sc6_s.pdf>.

tiempo prudencial antes de decidir no seguir adelante con la tramitación. Porque varios Estados parte consideran que no le está permitido a las AACC rechazar las solicitudes salvo casos muy específicos como el de un menor muy cercano a cumplir los 16 años[1322], porque hay que recordar que el artículo 4 del CH80 establece el rango etario de su aplicación.

En España ese rechazo ha sido, por una parte, minúsculo y, por otra, se ha establecido que se rechaza básicamente, porque el CH80 no es aplicable, todo lo cual desvanece los temores referidos y consolida la adecuada puesta en práctica que del CH80 ha hecho la AC española[1323]. Lastimosamente, para algunas AC resulta un tanto acomodaticio soslayar el deber de obligar a sus nacionales a sanear y diligenciar correctamente la solicitud y remitirla con las insuficiencias descargando la explicación de la no tramitación en otro Estado[1324].

Entre los países con los que España ha tenido dificultades de cooperación reseña a Alemania que no suministra información de sus procedimientos, irrespeta las decisiones adoptadas por las autoridades españolas y obstaculiza en demasía el ejercicio del derecho de visitas. México que no acusa recibo de las comunicaciones y mucho menos suministra información alguna. Paraguay y Argentina remiten solicitudes que no cumplen con los extremos exigidos convencionalmente. Holanda, Brasil y Chile exigen recaudos no contemplados en el CH80 además de impertinentes como la situación financiera de quien solicita el retorno o el régimen de visitas y Perú y Colombia que demoran excesivamente en el suministro de la información solicitada[1325]. Así como acusa a Irlanda de inactividad total porque ante la solicitud de un derecho de visitas, Irlanda no adelantó trámite alguno; no buscó al menor ni mucho menos inició el procedimiento correspondiente; al mismo tiempo, que impuso obstáculos[1326].

Tal es el caso de algunas solicitudes provenientes de algunos países latinoamericanos, y entre las deficiencias se cuentan: fotocopias ilegibles, no proporcionan información sobre la legislación nacional[1327] o remiten normas jurídicas sin mayor referencia de su vigencia, entre otros

[1322] BORRÁS, A., "Reunión de la…, *Op. cit.*
[1323] HERRÁNZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*
[1324] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*
[1325] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 54.
[1326] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 55.
[1327] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 2006, respuesta a la pregunta 2. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/abd_2006_es.pdf>.

defectos. En estos casos, la AC española hace las peticiones de documentos pertinentes, los cuales no se reciben o se reciben con meses de atraso[1328], lo que es perjudicial para la consecución de los objetivos convencionales.

Al respecto, hay que recordar que el artículo 8 del CH80 señala que la solicitud de retorno, entre otros datos, debe contener la fundamentación jurídica del solicitante y sobre la que solicita el retorno del menor. Además, la GBPCH80 explica que se trata de una relación detallada de los fundamentos legales, así como de la legislación vigente en materia de custodia[1329]. Asimismo, debería ser parte del protocolo seguido por todas las AACC, adjuntar a cada solicitud de retorno una copia de las normas vigentes en relación con la custodia y en general de la legislación aplicable y vigente en su Estado. Todo, en virtud del literal e) del artículo 7 del CH80; por tanto, resultan inaceptables estas graves omisiones, porque una solicitud insuficientemente interpuesta obstaculiza la aplicación del CH80 y hace apología de la sustracción, porque permite que el transcurso del tiempo, sin que se pueda tramitar debidamente la solicitud de retorno, derive en una de las excepciones convencionales al retorno.

En este punto, en el marco de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores de 2006 se señaló la …"insuficiencia de los intercambios de información entre las autoridades sobre la legislación en vigor"[1330] como una de las dificultades de la aplicación práctica del Convenio por lo que se sugirió que las AACC se intercambiaran información al respecto o que se tengan a disposición en un lugar accesible a todas las AACC como, por ejemplo, en la página de la CHDIPr[1331].

Entre las solicitudes, cuyo trámite no ha adelantado la AC española se encuentran las que se fundamentan, básicamente, en hechos, que no en elementos jurídicos, que sustenten los alegatos; solicitudes que no han sido impulsadas luego de haber pasado más que un año desde la retención o traslado ilícitos; que no han sido sucedidas de acciones judiciales interpuestas por el requirente[1332].

Para evitar precipitarse, la AC española en caso de duda acerca de la procedencia o no de

[1328] *Ibídem*
[1329] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guía de Buenas…Primera parte…, *Op. cit.*, p. 36.
[1330] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[1331] *Ibídem*
[1332] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*

una solicitud, primero solicita al requirente los documentos que sustenten su pretensión y si no tiene clara la viabilidad de la solicitud le consulta a los Abogados del Estado[1333]. Los Abogados del Estado tienen, entre otras funciones, asesorar jurídicamente a la Administración Pública española, y por ser los representantes, en eventuales demandas[1334] contra España ante órganos de justicia internacionales, tienen los elementos de juicio para establecer con precisión si una solicitud tiene *futuro convencional* o no.

Si ante la negativa de la AC española de tramitar la solicitud, la AC requirente insiste, entonces se solicita el certificado de ilicitud del traslado o retención descrito en el artículo 15[1335] del CH80.

Las consecuencias de que la AC española no admita una solicitud de retorno, origina que el requirente debe adelantar a su exclusiva costa el procedimiento directamente ante las autoridades españolas, en virtud del artículo 29 del CH80; sin poder beneficiarse de la asistencia jurídica -que España contempla para los solicitantes tanto de retorno como de organización del derecho de visita[1336]- que sí son *acompañados* y representados en su causa por la AC[1337]. Estos casos de asunción privada de la causa, aunque costosos y excepcionales, son de acuerdo con González Vicente[1338] cada vez más frecuentes y aquí la función de la AC consistirá solo en asesorías sobre

[1333] "La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, con nivel orgánico de subsecretaría, es el órgano directivo de los servicios de asistencia jurídica al Estado y otras instituciones públicas, con las competencias y funciones contempladas en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio". Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/funciones>.

[1334] "La asistencia jurídica en materia de Derecho de la Unión Europea, así como la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ante cualesquiera órganos internacionales competentes en materia de salvaguarda de los derechos humanos. Asimismo, la asistencia jurídica del Reino de España en otros organismos internacionales, así como cuanto se relacione con la representación y defensa del Estado, organismos autónomos, restantes organismos y entidades públicas, sociedades mercantiles estatales o fundaciones con participación estatal, cuando así corresponda legal o convencionalmente, y órganos constitucionales ante cualesquiera jurisdicciones o procedimientos prejudiciales o extrajudiciales en el extranjero". Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/funciones>.

[1335] "Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase".

[1336] PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La…, *Op. cit.*

[1337] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*

[1338] GONZÁLEZ VICENTE, P., "La sustracción internacional…, *Op. cit.*

inquietudes puntuales que se le formulen[1339].

En España, no es necesario contar con un abogado o procurador[1340] para interponer la solicitud de retorno, el interesado puede hacerlo directamente ante la AC[1341], aunque los doctrinarios sugieren seriamente que es mejor contar con asistencia de abogado para tal fin[1342].

En virtud de los artículos 25 y 26 del CH80, las solicitudes interpuestas para lograr el retorno del menor o la reorganización del derecho de visita no generarán desembolso alguno por parte del solicitante. Sin importar su nacionalidad, gozará de asistencia judicial en el Estado parte, cual, si se tratara de un nacional cuyos recursos económicos, sumados todos los conceptos, y por unidad familiar no excedan del doble del salario mínimo interprofesional[1343] vigente para el momento en que solicita la asistencia jurídica[1344]. En el caso de ciudadanos que residen legalmente en algún país miembro de la CE rige la Ley 16/2005, de 18 de julio por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea[1345].

El CH80 permite que los Estados parte hagan reserva de este derecho a la asistencia judicial, pero España no la hizo; por tanto, todo solicitante del CH80 una vez admitida su solicitud a trámite tendrá derecho a la asistencia judicial inmediata y gratuita como si se tratara de una persona que carezca de recursos para ello sin que tenga demostrar tan situación precaria[1346].

Es importante, resaltar la decisión española porque evidencia una conciencia estatal en torno a que no puede hacerse depender el retorno de un menor a los recursos económicos que tenga

---

[1339] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.,* p. 89.
[1340] Es el asistente procesal del interesado en una causa, se encarga de todos los trámites, diligencias y emplazamientos procesales que informa al abogado.
[1341] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 8.
[1342] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de…, *op.cit,* p. 797.
[1343] "El salario mínimo interprofesional (SMI) fija la cuantía retributiva mínima que percibirá el trabajador referida a la jornada legal de trabajo, sin distinción de sexo u edad de los trabajadores, sean fijos, eventuales o temporeros. El valor que toma el SMI se fija cada año por el Gobierno, mediante la publicación de un Real Decreto. Y para la determinación del mismo se tienen en cuenta factores como el IPC, la productividad media nacional alcanzada o el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional. Para el año 2015 el Ministerio de Empleo y Seguridad Social fijó el Salario Mínimo Interprofesional en los siguientes valores: Salario Mínimo diario: 21,62€. Salario Mínimo mensual: 648,60€. Salario Mínimo anual: 9080,40€ (14 pagas)". Disponible en: <http://www.salariominimo.es/>.
[1344] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 8.
[1345] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-12376>.
[1346] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*

o no el progenitor que ha visto vulnerados sus derechos y que pretende el retorno. Del mismo modo, imponerle estos gastos sería tanto como victimizarlo nuevamente: ya está siendo víctima de la sustracción de su menor hijo y ahora deberá litigar en un país extraño con todas las implicaciones económicas que ello trae consigo. De no contar con esta asistencia, tendría que enfrentar…"barreras económicas a la hora de llevar a buen término la restitución del menor"[1347]. Es loable que el Estado español considere a todo extranjero carente de recursos porque su condición de extranjería ya es precaria, su condición de progenitor víctima es agobiante y si a ello se le suma la necesidad de erogar recursos económicos, el *iter* que debería transitar para lograr en esas condiciones precarias el retorno de su hijo equivale a condenarlo a nunca más volver a tenerlo consigo.

3.1.5.1.2.1.1 La reserva idiomática en el CH80: ¿Una Torre de Babel?

La práctica convencional impone que la solicitud de retorno debe hacerse en el idioma del Estado requirente, pero debe ir acompañada de un ejemplar del mismo tenor, y en el idioma del Estado requerido. En el evento de que esa traducción no sea de fácil consecución deberá ese ejemplar adicional hacerse llegar en uno de los dos idiomas oficiales de la CHDIPr, esto es, en inglés o francés. Al respecto, el artículo 42 permite a los Estados parte hacer reserva respecto de uno de esos idiomas oficiales, pero no respecto de ambos. Esta obligación para Miralles Sangro es impositiva y discriminatoria[1348], pues no comparte que a las personas y pueblos se les limite en el idioma en el que se expresen; empero, yo considero conveniente esa imposición en pro de la celeridad que debe caracterizar las comunicaciones a propósito del CH80.

España no hizo uso de esa reserva; por tanto, recibe solicitudes en inglés y francés, pero la AC española se ha encontrado con algunas exigencias, casi voluntariedades, que coquetean con un *ego idiomático*, como por ejemplo la exigencia de Alemania de que las solicitudes le sean remitidas en alemán[1349], exigencia que ralentiza las comunicaciones y, por ende, el *ritmo convencional*.

Por su parte, la GBPCH80IP señala que hay que volver al carácter CIA del CH80 para solucionar inconvenientes de esta índole y evitar malas traducciones que pueden hacer incomprensible la solicitud de retorno, por tanto, sugiere que se llegue a acuerdos con las AACC

[1347] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, *Op. cit.,* p. 100.
[1348] MIRALLES SANGRO, P. "Algunos inconvenientes jurídicos…, *Op. cit.,* p. 8.
[1349] PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La…, *Op. cit.*

y que se inviertan recursos en traductores cualificados.

Pero, incluso, se pueden presentar casos donde, inicial y temporalmente, se obvie la traducción de la solicitud: la GBPCH80IP contempla casos especialmente urgentes por su naturaleza o porque el plazo de doce meses que consagra el artículo 12[1350] del CH80 está por cumplirse, en estos supuestos puede explicarse a la AC requerida de esa urgencia *especial* para que reciba la solicitud en el idioma original del Estado requirente con el firme compromiso de que le será enviada en breve en su idioma, en inglés o francés, según sea el caso.

España ha soslayado los inconvenientes idiomáticos así:

Estado	**Exigencia**	**Práctica española**
Portugal		Se envían en español y se reciben en portugués en aplicación del Convenio bilateral existente entre ambos Estados[1351].
Brasil	Portugués	Se envían traducidos al portugués, pero se les exige que la remisión de vuelta sea en español. (Reciprocidad)
Reino Unido	Inglés que no francés	Se envían traducidos al inglés, pero se les exige que la remisión de vuelta sea en español. (Reciprocidad)
Francia	Francés que no inglés	Se envían traducidos al francés, pero se les exige que la remisión de vuelta sea en español. (Reciprocidad)
Holanda	Remite las solicitudes en español.	Se envían traducidos al inglés.
Alemania	Alemán	
Bélgica	No ha hecho reserva, pero si el menor se encuentra en su zona de habla alemana exige la solicitud en alemán.	Remite las solicitudes en francés.

[1350] Artículo 12: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor."

[1351] Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997. Artículo 1: "Las solicitudes y documentos relativos al auxilio judicial internacional en materia penal y civil, transmitidos entre los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia, así como entre autoridades judiciales, podrán estar redactados en el idioma del Estado requirente, renunciando ambas partes a hacer uso de las reservas que hubiesen formulado a este respecto en los Tratados multilaterales en que sean partes". Disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-1363>.

Polonia	No ha hecho reserva pero aun así se presentan inconvenientes en la traducción de los documentos, comunicaciones y solicitudes porque los exige en polaco.	

Elaboración: propia a partir de García Revuelta, C., Aplicación práctica del Convenio de La Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la autoridad central. Disponible en: <http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf >.

3.1.5.1.2.2 Localización del menor

Una vez que la AC española ha aceptado la solicitud de retorno[1352] debe ubicarse al menor; esta labor en la dimensión investigativa no le está asignada a la AC quien debe valerse de INTERPOL España para lograr el cometido. Debe entenderse que la solicitud de retorno contiene, entre otros datos, una ubicación supuesta o estimada del menor, lo que puede evitar despliegues innecesarios en la búsqueda del mismo.

Los resultados de la búsqueda del menor por INTERPOL España son mayoritariamente exitosos[1353] -localizan al menor en promedio en un mes, se haya suministrado o no elementos para su ubicación[1354]- pero hay que explicar el detalle: INTERPOL España no podrá realizar mayores labores sin antes contar con una orden judicial y aquí puede presentarse un escollo a la fuerza convencional: sin conocer el domicilio del menor mal se podría determinar la competencia territorial para interponer una demanda, por tanto, lo que hace España es limitarse a activar a los cuerpos de seguridad como la Guardia Civil[1355] o al Cuerpo Nacional de Policía para que sean ellos los que hagan la labor de pesquisa.

En este punto, hay que resaltar la naturaleza civil de la actuación. Pues, los órganos de seguridad se deben limitar a corroborar el domicilio del menor, pero no podrán aprehender al progenitor sustractor, sino que deberán poner de inmediato en conocimiento de la AC la dirección exacta en la que se localiza el menor sustraído.

La localización del menor es clave en la prosecución del procedimiento convencional de

[1352] Cuya proforma se encuentra en Disponible en:<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338909351?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSolicitud_de_Devolucion_en_Ingles.PDF>.

[1353] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit*. GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*

[1354] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de*…, p. 132.

[1355] "La Guardia Civil es un Cuerpo de Seguridad Pública de naturaleza militar y ámbito nacional que forma parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.". Disponible en: <http://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/index.html>.

cara al retorno; por tanto, la búsqueda en registros, listas de empadronamiento, listas de menores escolarizados[1356] pudiera facilitar la labor y evitar congestionar los cuerpos de seguridad, pero, hasta ahora, no ha sido posible que doten de esa función de averiguación[1357] a la AC española.

Pías García exalta la creciente conciencia social que en torno al tema de los niños desaparecidos se ha generado y hace relación directa al Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados (ICMEC)[1358] que permite construir una estrategia de búsqueda para localizar a menores.

Una vez localizado el menor la AC debe procurar el cumplimiento del artículo 10 del CH80: "La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor". Esta orden convencional implica que a la AC se le está dando la oportunidad de intervenir de manera directa en el logro de la restitución: primero para localizar al menor y luego para lograr su restitución.

Lo primero que en España debe hacerse mediante los cuerpos de seguridad, como se explicó, es localizar al menor y procurar la restitución voluntaria. Primera acción que pudiera acometerse vía mediación, para lograr un acuerdo entre el solicitante y el sustractor y así establecer con quién debe quedarse el menor, lo que deja a salvo un posterior procedimiento judicial que resuelva sobre la custodia[1359] como efectivamente está institucionalizado en otros Estados. Pero, en España el artículo 1904 de la LEC si bien consagraba el acuerdo voluntario para restituir al menor lo hacía en sede judicial que no en sede administrativa[1360] y el numeral 12 del artículo 778 *quinquies* de la misma ley incorporado por la disposición final 3.12 de la Ley 15/2015, de

[1356] BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[1357] GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit*.
[1358] "CMEC trabaja para traer esperanza a los niños y familias en todo el mundo. Nos dedicamos a: Establecer recursos globales para encontrar niños desaparecidos y prevenir la explotación sexual infantil. Promover la creación de centros operativos en todo el mundo, con base en un modelo de asociación público-privada. Construir una red internacional para difundir imágenes e información sobre menores desaparecidos y explotados. Brindar capacitación a la policía, Fiscales, jueces, profesionales jurídicos, organizaciones no gubernamentales y funcionarios del gobierno. Promover y proponer cambios en las leyes, tratados y demás sistemas para proteger a los niños en todo el mundo. Liderar una coalición financiera mundial para erradicar la pornografía infantil comercial en Internet. Realizar conferencias internacionales de expertos para crear conciencia, además de fomentar e incrementar la cooperación y la colaboración entre los países". Disponible en: <http://www.icmec.org/missingkids/servlet/PageServlet?LanguageCountry=en_X1&PageId=4471>.
[1359] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, p. 94.
[1360] PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La…, *Op. cit*. GARCÍA CANO, S., *Protección del menor…, Op. cit.,* p. 191. PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*

Jurisdicción voluntaria consagra la mediación en el marco del proceso judicial[1361].

En vista de que hoy día esa vía *directa* en sede administrativa no es una opción, lo que debe hacer la AC española es utilizar vías indirectas como promover el inicio del procedimiento judicial de cara a la restitución del menor.

3.1.5.1.2.3 Fase judicial

Una de las funciones de la AC en virtud del literal f del artículo 7 del CH80 es la de propiciar el inicio del proceso para lograr el retorno del menor o reorganizar el derecho de visita o su ejercicio efectivo. En España, ese proceso es de exclusiva naturaleza jurídica. Para explicar el *iter* procesal haré una comparación entre el establecido por los artículos 1902 y 1909 de la LEC y el ordenado por la nueva regulación contemplada en los artículos 778 *quáter* al 778 *sexies* de la LEC que fueron incorporados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) que derogaron aquéllos.

Sobre la legitimación activa hay que advertir, que no solo le corresponde a la AC española, sino que, también, en virtud del artículo 29 del CH80, en concordancia con el numeral 3 del artículo 778 *quáter* de la LEC (antes consagrado en el artículo 1902 de la LEC) le asiste a la persona natural o jurídica que tenga el derecho de custodia sobre el menor. Pero, ello no implica un litisconsorcio activo necesario, pues la AC española no tiene la obligación de impulsar el proceso judicial, sino lo promovió, pero sí podría eventualmente participar por las diversas funciones que le han sido atribuidas vía CH80[1362].

Pero hay que aclarar, que la defensa y representación, en este caso, no le corresponde a los abogados de oficio[1363] -quienes representan en España a los ciudadanos sin recursos-sino a los

[1361] "En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación sí, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Publica que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal. La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño". Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

[1362] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.,* p. 180.

[1363] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.* GARCÍA REVUELTA, C., "Aplicación práctica del…, *Op. cit.*

Abogados del Estado[1364]. Éstos son reconocidos como abogados elite de la más alta cualificación[1365], quienes representan al Estado español ante los estrados judiciales; de ahí que, si la AC española debe acudir a los órganos jurisdiccionales para lograr el retorno del menor será el Abogado del Estado de la provincia, donde esté ubicado el menor el que deberá dar inicio al proceso judicial para tal fin[1366], ante el Juzgado de primera instancia de tal jurisdicción. En este estado de la causa, a partir de allí la AC mantendrá comunicación directa y permanente con el Abogado del Estado quien deberá mantenerla informada del estado de la causa[1367]. Pero, por mandato del numeral 4 del artículo 778 *quáter*, la intervención del Abogado del Estado a petición de la AC cesará en cuanto "el solicitante de la restitución o del retorno comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador".

Jiménez Blanco acusa una marcada diferencia en la actuación del Abogado del Estado en cada caso, porque de cada uno dependerá la agilidad y en algunos casos la interpretación que haga del CH80. Así, expone un caso donde el Abogado del Estado respondió al día siguiente a la petición de información que le hizo la AC mientras que otro tardó seis meses en solamente acusar recibo[1368].

Antes de la entrada en vigencia de la LJV, el hecho de que fuera el Abogado del Estado el representante judicial de la AC española en estos procesos alteraba o corregía la competencia territorial. Lo que significó que, en principio, el conocimiento de la causa -en virtud del artículo 1902 de la LEC- le competía al Juez de Primera Instancia (con competencia en asuntos de familia) del lugar donde se hallaba ubicado al menor, quienes no contaban necesariamente con una especialización profunda en la materia, pero tenían a su favor que, sin mediación, podían conocer las condiciones en las que estaba el menor, por estar situados en el mismo lugar en el que estaba ubicado aquél. Pero, en la medida en que actuaba el Abogado del Estado el conocimiento de la

[1364] "La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, con nivel orgánico de subsecretaría, es el órgano directivo de los servicios de asistencia jurídica al Estado y otras instituciones públicas, con las competencias y funciones contempladas en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio.". Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/funciones>.
[1365] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre..., *Op. cit*.
[1366] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.*, p. 89. PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre …, *Op. cit.*
[1367] PÍAS GARCÍA, E., "El papel de…, *Op. cit.*
[1368] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*, p. 124.

causa le correspondía a los Juzgados y Tribunales con sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla -en atención al artículo 15 de la Ley 52/1997 de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas[1369]- lo que aportaba al proceso cierto grado de especialización. Esta alteración o corrección competencial atendía a una tradicional especialidad procesal o prerrogativa que se reserva, generalmente, el Estado español para sí[1370].

Pérez Vera[1371] y Gómez Bengoechea[1372] reconocen que esta alteración podía derivar en retardos procesales; por ejemplo, cuando el Juzgado o Tribunal de capital de provincia se declaraba incompetente por no estar en el sitio de ubicación del menor. En estos casos, los Abogados del Estado debían acatar las instrucciones de la Dirección de Servicios Jurídicos del Estado, que les imponía renunciar al beneficio procesal de litigar en la capital, debiéndose presentar ante el Juzgado ubicado en el mismo sitio donde se encontraba el menor para no dilatar más el conocimiento de la causa con una apelación.

Por su parte Montón García, evidenciaba la falta de previsión de la norma al no considerar aquellos casos donde el menor se encontraba en un partido judicial distinto a donde estaba el sustractor. Para estos eventos se debieron considerar fueros alternativos en virtud de que la contraparte procesal del demandante es el sustractor, no el menor[1373].

La nueva norma consagra en el numeral 3 del artículo 778 *quinquies* la posibilidad de que el menor no se halle en el lugar señalado en la demanda, caso en el cual deberá archivarse el procedimiento a la espera de la ubicación del menor. También consagra la norma la posibilidad de que el menor se encuentre efectivamente en una provincia distinta a la del Tribunal ante el que se interpuso la demanda, en este caso el Secretario judicial deberá emplazar a las partes y al Ministerio Fiscal para que comparezcan al día siguiente para oírlos, luego de lo cual el Juez deberá ordenar lo conducente remitiendo las actuaciones al Tribunal que considere competente y emplazar a las partes para que comparezcan ante aquel dentro de los tres días siguientes. Pero nada ha

[1369] "Artículo 15. Fuero territorial del Estado. Para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento (…)". Disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-25338>.
[1370] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit*.
[1371] *Ibídem*
[1372] GÓMEZ BENGOECHEA, B., *Aspectos civiles de…, Op. cit*. p. 129.
[1373] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.,* p. 183.

consagrado cuando el menor y el sustractor se hallen en provincias distintas.

A propósito del nuevo procedimiento, el artículo 788 *quáter* en su numeral 2 ordena que la competencia en la materia le corresponde al Juzgado de Primera Instancia

> …de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencia en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si los hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda.

Disposición que pretende evitar cualquier posibilidad de demora *so pretexto* de la corrección de competencia ya explicada y permite que haya cierto grado superior de especialidad y concentración en el conocimiento de la causa.

En vigencia de la anterior regulación el proceso se iniciaba con un escrito que no con un libelo de demanda -por la naturaleza jurídica que se le había impuesto al proceso: jurisdicción voluntaria- el que debía estar acompañado de todos los documentos que permitían activar el mecanismo convencional y que permitían establecer la ilicitud de la retención o del traslado y que debieron acompañar a la solicitud ante la AC española para que la admitiera y tramitara[1374]. Ahora, en vigencia de la nueva regulación, el proceso se inicia con una demanda en la que se debe solicitar el retorno o restitución del menor; la demanda debe estar acompañada de toda la información y recaudos relacionados con el demandante, el menor sustraído y su localización, así como del sustractor y las demás exigencias del Convenio aplicable, todo en virtud del numeral 1 del artículo 778 *quinquies* de la LEC.

Cuando estas causas se consideraban de jurisdicción voluntaria el Juez debía pronunciarse por medio de un Auto dentro de las 24 horas en el que se indicará si admitía o no la solicitud; si la admitía debía requerir al demandado para que se presentara -en un plazo discrecionalmente establecido por el Juez tomando en consideración que las pautas procesales señalaban tres días desde que el sustractor requerido tuvo conocimiento del Auto de admisión[1375]- en el Juzgado con el menor para manifestar si estaba dispuesto a retornarlo voluntariamente o no y de negarse debía hacerlo sobre la base de las excepciones tasadas[1376] convencionalmente.

Con la entrada en vigencia del nuevo proceso básicamente se guardan los mismos plazos y

[1374] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.,* p. 190.
[1375] *Ibídem,* p. 190.
[1376] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 140.

la comparecencia debe ocurrir dentro de los tres días contados a partir de la admisión de la demanda, así lo establece el numeral 2 del artículo 778 *quinquies* de la LEC.

El procedimiento contemplado en los artículos 1.901 a 1.909 de la LEC era por naturaleza expedito; garantizaba los principios de audiencia y contradicción y procuraba evitar demoras que atentaran contra el CH80[1377]; el procedimiento debía surtirse en un plazo de seis semanas desde que se interponía la solicitud ante el Juez de Primera instancia de la jurisdicción donde se encontraba el menor.

Actualmente, en virtud del numeral 5 del artículo 778 *quáter* el trámite -comprendiendo ambas instancias si se activase la segunda- debe surtirse en seis semanas contadas "desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor". Considero que la norma debió referirse a la demanda que no a la solicitud, porque recuérdese que la demanda inicia el proceso judicial de retorno mientras que la solicitud se puede entender como la petición hecha ante la AC que luego procede a la localización del menor y cuando la causa llegue a conocimiento del juez inexorablemente ya se habrán superado las seis semanas. Así que debe entenderse que el legislador se quiso referir a la demanda, y en esta nueva regulación es más rigurosa la norma cuando señala que ese plazo es de incumplimiento inexcusable. Pero, tampoco señala consecuencias disciplinarias o de otra índole para quien con su actuación u omisión lo incumpla.

Una vez iniciado el procedimiento con la normativa anterior el demandado podía asumir una tres posibles actitudes: 1) no comparecer; 2) comparecer y restituir al menor y; 3) comparecer y negarse a restituir al menor[1378]. Con la nueva normativa se mantienen esas mismas posturas procesales. Por eso, bien vale la explicación de cada una:

1) Cuando el requerido no comparece:

Si el requerido no comparecía, el procedimiento continuaba en virtud del mandato del artículo 1.905 de la LEC y para Montón García se le debía reconocer el derecho de audiencia, a pesar de su rebeldía y de la celeridad del procedimiento. En virtud del mismo artículo se convocaba para una nueva comparecencia a la que se citaba a las partes interesadas y al Ministerio Fiscal para dentro de los cinco días siguientes a aquella que quedara desierta por la incomparecencia del

[1377] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Interés del menor…, *Op. cit*. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.,* pp. 125 y 126.
[1378] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Interés del menor…, *Op. cit*.

requerido[1379].

En esta comparecencia se oía al solicitante (para que ratificara o aclarara su solicitud inicial) al Ministerio Fiscal y separadamente al menor sobre su retorno. Además, en el marco de esta audiencia el Juez podía adoptar las medidas provisionales que consideraba adecuadas en relación con el menor. Si quien no comparecía era el solicitante, eso no impedía al Juez adoptar una decisión, porque el interés superior del menor estaba protegido con la presencia del Ministerio Fiscal. Si quien no comparecía era el menor, debía seguir el procedimiento como en el caso de incomparecencia del requerido y esto último era lógico, porque el menor sustraído se supone está a merced del sustractor requerido y si éste no comparecía resultaba natural que el menor tampoco[1380].

La audiencia del menor podía ser ordenada por el Juez por considerar conveniente oírlo o a instancia del menor pues se debatía un tema que afectaba directamente sus derechos e intereses. No quedaba muy clara la audiencia del menor cuando el requerido comparecía y estaba dispuesto a retornar al menor; en esos casos, omitía oír al menor, lo cual vulneraba sus derechos, porque tenía derecho de oponerse al retorno y su opinión debía tenerse en cuenta en los términos establecidos convencionalmente[1381].

El Juez debía decidir sobre el retorno o no del menor dentro de los dos días siguientes al de la comparecencia sobre la base de lo oído y de los mandatos convencionales.

Ahora bien, con el actual proceso en virtud de los numerales 5 y 6 del artículo 778 *quinquies* de la LEC, si el demandado no compareciere, o compareciendo no lo hiciera en forma, no se opusiere a la entrega del menor, pero tampoco lo entregara, el Secretario judicial en la misma oportunidad lo declarará en rebeldía y ordenaba la prosecución del proceso sin su presencia, por tanto, citará sólo al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez para dentro de los cinco días siguientes. La resolución mediante la cual se le declare en rebeldía le será notificada al demandado, a quien no se le notificará nada más que la resolución final.

En la vista se oirá al demandante -si no asiste la vista sigue su curso- al Ministerio Fiscal y al demandado si acude a ella por primera vez. Dentro de los seis días siguientes se practicarán las

[1379] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, p. 194.
[1380] *Ibídem*, p. 188.
[1381] *Ibídem*, p. 196.

pruebas propuestas por las partes y el Ministerio Fiscal; además, se podrán recaudar y valorar los informes que ordene el Juez de oficio o a petición de parte o del Ministerio Fiscal, todo en virtud del numeral 7 del artículo 778 *quinquies*.

Como novedad la nueva norma permite que el Juez organizar los … "derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante", mientras dure el proceso.

2) Cuando el requerido comparece y restituye voluntariamente al menor.

En vigencia del anterior proceso, se daba por terminado el procedimiento; se levantaba un acta donde se dejaba constancia de que el requerido compareció y voluntariamente accedió al retorno del menor y el Juez debía emitir un auto en el que señalara los detalles de la entrega del menor, así como del pago de las costas procesales y de los gastos derivados[1382]. La actual norma procesal, en virtud del numeral 4 del artículo 779 *quinquies*, contempla básicamente las mismas consecuencias y prevé que se proceda de la misma manera si la entrega voluntaria se verifica en cualquier estado del proceso.

3) Cuando el requerido comparece y se niega a restituir al menor:

El requerido podía oponerse al retorno del menor, de manera verbal o escrita, pero fundadamente si alegaba las excepciones convencionales y presentaba la propuesta de las pruebas encaminadas a corroborar la existencia de lo argumentado como excepción.

Por la oposición, el procedimiento mutaba a contencioso del cual seguía conociendo el mismo Juez, quien debía dar traslado al requirente y al Ministerio Fiscal del escrito o el acta en la que constaba la oposición y sus fundamentos así como debía citar a los partes y al Ministerio Fiscal a una nueva comparecencia -y primera como procedimiento contencioso- para que hicieran las alegaciones que creían convenientes y solicitaran la práctica de pruebas lo que se verificaría dentro de lo cinco días siguientes[1383]. Luego de la primera comparecencia, el Juez oiría al menor, separadamente y a solas, a petición de parte o *motu proprio*, para que ilustrara su convicción de cara a tomar la decisión del retorno o no, además podría pedir los informes que consideraba necesarios.

Entre esos informes se contaban: decisiones judiciales del país de origen para conocer los

[1382] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.,* p. 198.
[1383] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Interés del menor…, *Op. cit.*

criterios en situaciones similares, la certificación de que la retención o traslado son ilícitos y a la que se refería el artículo 15 del CH80, así como también informes sociales, educativos, psicológicos y psiquiátricos o de otra naturaleza sobre el menor y la situación que tenía en su residencia habitual antes de la sustracción[1384], todo para determinar el verdadero interés del menor en relación con su retorno o no. Sobre estos informes y el temor de que demoraran en presentarse y llegar a conocimiento del Juez será tratado en el aparte de las dificultades que presentaba el procedimiento pasado.

Con el nuevo régimen procesal, si el demandado se opone a la restitución debe hacerlo por escrito igualmente, fundamentado en las hipótesis exceptivas del CH80. El Secretario Judicial dará traslado de tal oposición y citará tanto a las partes como al Ministerio Fiscal para la vista que se realizará dentro de los cinco días siguientes. Luego se procederá de aquí como ya se explicó en el apartado de la no comparecencia.

3.1.5.1.2.3.1 Carácter preferente del proceso

El proceso de restitución debe ser sustanciado y decidido con preferencia a otro proceso anterior e incluso que se haya acumulado a esta causa; así sucedía en vigencia de la anterior norma y es ordenado así por el numeral 5 del artículo 778 *quáter* de la LEC. Esto, equivale a decir en España que, cuando se deba resolver sobre la solicitud de restitución, ningún otro procedimiento que esté iniciado o que se haya acumulado a éste puede suspenderlo.

En España, cuando en el marco de un proceso judicial se conociere de manifestación de violencia de género, debe procederse como lo ordena el artículo 49 bis de la LEC que fue introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género[1385], que reza:

> 1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la

[1384] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit*., pp. 203-204.
[1385] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-21760>.

Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.

Pero en virtud del artículo 16 CH80 ni siquiera este evento puede suspender el proceso de restitución -dejando a salvo claro está la alteración de la competencia que se deriva del cumplimiento del precepto transcrito- el que debe resolverse de manera preferente y ágil. Todo, en virtud de la regla que ya se mencionara de la inalterabilidad de los foros a propósito de la sustracción. Otra manera de proceder promovería las sustracciones internacionales porque con su verificación se afectarían los modos de atribución de la competencia judicial internacional[1386].

> …la adaptación del derecho procesal [especialmente] al reglamento comunitario (CE) n.° 2201/2003, llevó a introducir en la LEC, a través de la Ley 19/2006, una modesta disposición final vigésima segunda. La tarea no parece, empero, cerrada, y más aun teniendo en cuenta los reglamentos comunitarios que han ido adoptándose en los últimos años[1387].

En este apartado bien vale resaltar la seria dificultad probatoria la irrestricta postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sin embargo, parte de la doctrina admite que el hecho de que haya violencia basada en género, doméstica o familiar en la *ecuación de sustracción* amerita un detenido análisis, pues la progenitora-víctima-sustractora de seguro alegará la excepción convencional al retorno basada en el grave riesgo para el menor. Pues, es muy difícil que la violencia que inflige el progenitor sobre la madre no irradie en el menor. Además, es muy poco probable, sin querer ser lombrosiana que un agresor de la madre no lo sea con sus hijos. De ahí, que la sustractora deba acreditar debidamente el riesgo de grave daño que entraña el retorno para su o sus menores hijos. Y hay que recalcar que ha de tratarse de un daño directo al menor y de un carácter eminente y no eventual[1388].

3.1.5.1.2.3.2 Medidas cautelares

Ya se ha advertido, sobre la conveniencia y necesidad de que la AC española solicite al Abogado del Estado que pida al Juez la adopción de medidas cautelares que impidan que la menor

---

[1386] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, *Op. cit.*, pp. 53 - 54.
[1387] BOUZA VIDA, N., y QUIÑONEZ ESCAMEZ, A., "Derecho internacional privado", Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1, 2010, pp. 187-220.
[1388] SABIDO RODRÍGUEZ, M., "La restitución de menores retenidos ilícitamente en España y la excepción de grave riesgo a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2020", en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13, núm. 2, pp. 498-517, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6269>.

sufra daños a la vez que pueda asegurar una eventual orden de retorno y es que el proceso de restitución *per se* puede incidir en la seguridad del menor y en el fondo de la custodia[1389] como se ya se explicó. Tales medidas, son sugeridas por la Guía de Buenas Prácticas, y explica la Guía que deben tener la finalidad de conjurar el ocultamiento del menor o su traslado fuera de la jurisdicción del tribunal[1390], incluso fuera del país, lo que conjura sustracciones consecutivas.

Una medida idónea para estos casos, es la medida provisional de custodia por medio de la que el Juez priva al sustractor de la guarda que, de hecho, estaba ejerciendo sobre el menor y designa, en su lugar, a otra persona natural o a una institución idónea para encargarle el cuidado del menor mientras dure el procedimiento que debe decidir su retorno o no al Estado en el que tenía su residencia habitual. Y a propósito de esa medida, se deberá hacer el señalamiento judicial de alimentos en favor del menor mientras dure custodia provisional del menor, la duda será sobre el legitimado pasivo de ésta última obligación: Montón García sostiene que puede ser obligado el sustractor porque de no habérsele privado de la custodia de hecho seguiría a su cargo exclusivo la manutención del menor, pero también es cierto que le corresponde tal obligación al titular de la custodia legalmente[1391].

Ante esta última posibilidad hay que recordar que de seguro el titular de la custodia y demandante en la causa no esté en el Estado de refugio donde se encuentra el menor, además quien puso al menor y al titular de la custodia en esta situación fue el sustractor, no con el ánimo de imponerle el cumplimiento de la obligación alimentaria a título de sanción, si no que mal podría eximirse de tal deber alegando su propia torpeza: la sustracción, que de no haberse verificado no se estaría ventilando el caso de alimentos provisionales a propósito de una custodia también provisional.

Ahora bien, acerca de la naturaleza y alcance de las medidas preventivas que se pueden adoptar en algunos casos, pueden esas medidas tangencialmente referirse a la custodia, pero no debe entenderse que el Juez español está desconociendo el mandato del artículo 16 CH80, por el contrario, la adopción de la medida de custodia provisional no tiene la intención siquiera de prejuzgar el fondo, sino que es necesaria para asegurar los objetivos convencionales. Me explico:

[1389] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la…, Op. cit.,* p. 90.
[1390] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Cuarta Parte- Ejecución. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/guide28enf-s.pdf>.
[1391] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.,* p. 187.

puede ser que haya temor por un nuevo traslado del menor por parte del sustractor que lo trajo o retuvo en España, y precisamente por este temor es que procede naturalmente la medida descrita.

Puede ser también que España haya denegado el retorno, pero sobre la base del literal b) del artículo 13 CH80, en este caso no se hace alusión siquiera a que el menor ha cambiado su residencia habitual del Estado de origen al Estado de refugio -como ya se ha explicado- sino que está protegiendo al menor en virtud del CH80, pero no por esa decisión se sitúa la competencia judicial internacional en los tribunales españoles para conocer del fondo: de la custodia[1392]. Porque hay que insistir en que, para contar con decisiones relativas a la custodia, derecho de visita familiares, incluso del otro progenitor se requiere de procedimientos distintos y adicionales[1393] al previsto en el CH80 cuyo objetivo primordial es el retorno del menor al Estado de su residencia habitual, siempre que su interés superior así lo aconseje.

Así, que tal competencia la mantienen los tribunales del Estado de origen, pero de seguro que transcurrirá mucho tiempo para lograr contar con esa decisión, así es menester que se adopte una medida provisional –habiendo ya denegado el retorno- de asignación temporal de la custodia del menor al sustractor mientras se obtiene la decisión sobre el fondo, ya referida.

El proceso vigente permite al Juez adoptar de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal las medidas que se consideren pertinentes y necesarias para resguardar al menor y evitar un nuevo traslado. Entonces, sobre la legitimación del Ministerio Público no hay duda, y sobre la naturaleza de las medidas el mismo numeral 8 del artículo 778 *quáter* señala que pueden ser de las previstas en el artículo 158 del Cce y del 773 de la LEC. Al respecto el numeral 6 del artículo 158 del Cce señala que "En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas (…)" esa redacción normativa permite adoptar las medidas sugeridas por Montón García para el procedimiento anterior como la custodia y alimentos provisionales.

3.1.5.1.2.3.3 Legitimación para oponerse al retorno

Analizado en retrospectiva el proceso anterior, se observa por un lado la función del Abogado del Estado en representación de la postura y petición de la AC en nombre del solicitante;

[1392] JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la*…, pp. 86-87. CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *op. cit.*, p. 138.
[1393] LORENTE MARTÍNEZ, I. (2021). "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*, p. 972.

esto es, del progenitor a quien le han desconocido los derechos de custodia y por otro la del Ministerio Fiscal en pro del interés superior del menor, cuya opinión puede disentir del retorno solicitado por el Abogado del Estado en representación de la AC quien había admitido a trámite la solicitud de retorno.

Al respecto, no había respuesta clara en la legislación española sobre la posibilidad jurídica que tenía o no el Fiscal para oponerse al retorno en virtud de las excepciones contempladas convencionalmente[1394]; es decir, no se reconocía expresamente legitimación al Ministerio Fiscal para argumentar tales excepciones, en defensa del interés superior del menor que él debía proteger y en contraposición con el parecer de los interesados. Recuérdese que la causa de sustracción trata de un asunto entre partes, por lo que podía pensarse que para llegar a ese caso de argumentación del Ministerio Fiscal era necesaria una declaración previa de desamparo del menor para así encargar de su entera protección al Estado español; de lo contrario todo apuntaba a que el Ministerio Fiscal sólo podía proteger el interés superior del menor en sintonía con lo argumentado por las partes en el proceso[1395].

Lo propio debía suceder en punto del recurso de apelación del auto que decidía sobre el retorno o no del menor, cuya legitimación para apelar sólo la tenían las personas que se disputaban la guarda y custodia así le estaría vedado al Ministerio Fiscal apelar si ninguno de los actores lo ha hecho[1396].

La norma procesal vigente no trata el asunto, solo señala que contra la sentencia cabe

---

[1394] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. Artículo 13: "No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas 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." Artículo 20: La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales." Disponible en: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=24>

[1395] PÉREZ VERA, E., "Algunas consideraciones sobre…, *Op. cit.*

[1396] *Ibídem*

recurso de apelación, pero nada establece en relación con la legitimación. Por la esencia del encargo que hace el Estado español al Ministerio Fiscal: velar por el interés superior del menor, para convertirlo así en un tercero neutral con injerencia en el proceso no debería entenderse con límites por la naturaleza jurídica del bien jurídico que debe tutelar; por tanto, no es descabellado pensar que puede oponerse al retorno fundamentado en la letra convencional y apelar la sentencia que se pronuncie sobre el retorno, porque de lo contrario se permitiría que cuestiones exclusivamente procesales se impusieran al interés superior del menor, lo cual desnaturalizaría y debilitaría este último concepto.

3.1.5.1.2.3.4 Resolución final

El Juez debía por medio de auto pronunciarse acerca del retorno o no del menor, dentro de los tres días siguientes de haber oído a las partes y al Fiscal o de haberse practicado las pruebas si las promovieron[1397]. El mismo plazo se prevé en el nuevo procedimiento para que el Juez dicte sentencia (numeral 9 del artículo 778 *quinquies*).

Si se ordena el retorno del menor el auto debía detallar la entrega del menor: a quién se le entregaba, dónde se entregaba y condenar al sustractor al pago de las costas procesales y los demás gastos en los que incurrió extraprocesalmente el solicitante para lograr la restitución[1398]. Si se denegaba el retorno el menor quedaba a cargo del sustractor y cada parte soportaba sus gastos propios[1399].

Sea que el auto ordene o deniegue el retorno era recurrible en apelación para ante la Audiencia Provincial, pero en un solo efecto, recurso que debía resolverse en un plazo de 20 días, conforme al artículo 1.910 de la LEC. La naturaleza del recurso de apelación le imponía al tribunal analizar y pronunciarse sobre todos los argumentos de hecho y de derecho que se ventilaron en el proceso de primera instancia[1400].

Esta apelación, oída en solo efecto garantiza el cumplimiento de manera inmediata del auto, todo en virtud del mandato convencional que obliga a los Estados parte a adoptar los procedimientos más breves para evitar demoras innecesarias en la resolución de estos casos.

[1397] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…,* p.205.
[13981398] *Ibídem*, p. 206.
[1399] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de..., Op. cit.*, p. 206.
[1400] GARCÍA CANO, S., "Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife…, *Op. cit.*

Además, conjura la intención de que sean utilizados los mecanismos procesales de segunda instancia como una manera de dilatar los procesos y apostar por el transcurso del tiempo, de cara a abrir la puerta convencional a las excepciones. Pero, también, un recurso oído así, genera varias inquietudes y no pocos inconvenientes en la práctica que serán abordados en el aparte referido a las dificultades que presentaba el procedimiento anterior.

Con el nuevo procedimiento y en virtud del numeral 8 del artículo 778 *quinqui*es el Juez debe oír separadamente al menor, salvo que resulte inconveniente tal audiencia; si el Juez decide no oírlo deberá motivarlo suficientemente en la resolución correspondiente. Este imperativo recoge legalmente la disposición del R2201/2003 que fortalece el derecho del menor a ser oído y que en España se traduce en la merma de la discrecionalidad del Juez cuando se tratan de menores de corta edad[1401], pues no se trata de oír al menor si le parece al Juez, sino que debe oírlo salvo que fundamente el perjuicio de tal audición. Además, contempla la norma que la audición se haga por medio de videoconferencias o tecnologías semejantes. En el espacio comunitario el R2201/2003 armoniza los ordenamientos jurídicos internos cuando establece el derecho del menor a ser oído para todos los Estados comunitarios, incluyendo aquellos que hasta su entrada en vigencia no lo preveían[1402].

El numeral 9 del mismo artículo 778 *quinqui*es ordena que la sentencia -que ordene o deniegue el retorno y que pone fin al proceso- debe ser proferida dentro de los tres días siguientes ya de la vista, ya de los seis dispuestos para las pruebas. La decisión debe limitarse a establecer la ilicitud o no de la sustracción y a ordenar o denegar el retorno. En caso de ordenarlo se tendrán que detallar los pormenores de la entrega -a quién deberá entregarse, cuándo, cómo, a quién le corresponde sufragar los gastos de la restitución[1403]- y si deniega el mismo las costas se declararán de oficio.

La nueva normativa procesal (numeral 11 del artículo 778 *quinquies*) mantiene el recurso de apelación contra la decisión final, ahora sentencia, en un solo efecto, el que deberá ser resuelto también en 20 días la norma no señala el órgano competente, pero, en atención a la relación jerárquica del poder judicial en España le debe corresponder a la Audiencia Provincial. Además,

[1401] ALONSO CARVAJAL, A. "Sustracción interparental de…, *Op. cit.*
[1402] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 9.
[1403] En virtud del numeral 10.

la norma actual describe los plazos y actuaciones procesales que se deben surtir en la sustanciación y resolución del recurso de apelación, detalles que no preveía el anterior procedimiento.

3.1.5.1.2.3.5 Mediación

A diferencia de la normativa anterior, la vigente establece -en el numeral 12 del artículo 778 *quinquies*- la posibilidad de que se suspenda el proceso en cualquier estado si ambas partes lo solicitan para someterse a un proceso de mediación. También puede el Juez *motu proprio* o a petición de una parte proponer la mediación si cree que existen serias posibilidades de llegar a un acuerdo por esa vía.

El proceso de mediación debe ser lo más breve posible porque no podrá ser la excusa para que, en suma, el proceso de restitución exceda las seis semanas ordenadas. En el proceso de mediación puede fungir como mediadora la Entidad pública que tenga como función la protección de los menores si así lo solicitan las partes, el Ministerio Fiscal o el Juez de oficio. El proceso judicial se reanudará si no fue posible llegar a un acuerdo. También se reanudará por haber llegado a un acuerdo, el que debe ser aprobado por el Juez quien debe velar porque el interés superior del menor y las normas jurídicas vigentes se respeten en el acuerdo.

Es necesario admitir que los casos regulados por el CH80 son densos y multidimensionales, porque se trata de conflictos familiares de Derecho internacional privado, que en sí mismos entrañan aristas muy particulares que los hacen espinosos: "la distancia geográfica entre las personas implicadas, las diferencias idiomáticas, la eventual colisión de contextos culturales y religiosos basados en valores y principios diversos, la interacción de dos o más sistemas jurídicos y la necesidad de acudir a la cooperación internacional para su resolución"[1404]. Por tanto, en conflictos con distintivos como los descritos la mediación se muestra como un sistema extrajudicial ventajoso porque, entre otras bondades, propende a una comunicación familiar fluida y efectiva, también promueve relaciones personales armoniosas entre las partes involucradas, y deja *abonado el* terreno para eventuales y necesarias conversaciones sobre aspectos de la vida familiar, todo lo que deriva en el interés superior del menor[1405]. Eso sí, hay que resaltar que todas la mediación y las actuaciones enmarcadas en ellas no pueden erigirse como una excusa para

[1404] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de…, *op. cit.*, p. 798.
[1405] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de…, *op. cit.*, pp. 798-799.

dilatar el proceso y deben acatar todo lo relacionado con la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles y las previsiones de la Guía de Buenas Prácticas de 2012[1406].

3.1.5.1.2.3.6 Dificultades del procedimiento

El hecho de que España hubiese incorporado en 1996 en su ordenamiento jurídico un proceso *ad hoc* para los casos de sustracción representó un avance sensible en la aplicación del CH80 por la seguridad jurídica que representaba el *iter* procesal de estos casos; sin embargo, se acusaron varias dificultades durante su aplicación las cuales se explicarán en detalle[1407].

3.1.5.1.2.3.6.1 Celeridad procesal Vs. Interés superior del menor

Si el requerido en el proceso comparecía y se oponía al retorno, el procedimiento dejaba de ser de jurisdicción voluntaria y pasaba a ser contencioso para surtirse por el juicio verbal que consagraba un escaso plazo probatorio de cinco días. Ese brevísimo lapso implicaba una: …"merma en la eficacia de la prueba"[1408]… por la seria dificultad para allegarlas, porque, en algunos casos, se requería que fuera la AC del Estado requerido que solicitara a la AC del Estado requirente ciertas informaciones y experticias psicológicas, sociales, educativas, entre otras, que no se alcanzaban a allegar dentro del lapso referido[1409], pero para el Juez ya estaba corriendo el *cronómetro convencional* que le imponía decidir en un plazo no mayor de seis semanas. Todo lo cual redundaba en la adopción de resoluciones que no siempre se correspondían con el verdadero interés del menor, todo por cumplir con los plazos convencionalmente exigidos.

Se puede observar que los plazos procesales con la nueva normativa se mantienen tal cual como se ordenaban en el anterior procedimiento; esto es, la dificultad probatoria subsiste. Entonces la pregunta es: ¿la celeridad se debe preferir al interés superior del menor? Parece que la respuesta la dieron varios Estados en el marco de la Comisión Especial de 2006: "no hay que poner tanto el

---

[1406] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado. Circular 6/2015 (s/p). Disponible en: <https://www.Fiscal.es/search?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_mvcPath=%2Fview_content.jsp&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_redirect=%2Fsearch%3Fq%3DCircular%2B6%252F2015%2B%2528s%252Fp%2529.%2BDisponible%2Ben%26category%3D170503%26category%3D36785&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_assetEntryId=117652&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_type=document>

[1407] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Interés del menor…, *Op. cit.*

[1408] *Ibidem*

[1409] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de*…, *Op. cit.,* p. 203.

acento en la velocidad, sino en la protección de los derechos humanos (…)"[1410]. Pero también debe exhortar a las AACC para que soliciten los informes antes de que les sean requeridos a ellas, todo para *ganar tiempo* y poderlos allegar durante la sustanciación del expediente.

3.1.5.1.2.3.6.2 Nuevos traslados, ahora por orden judicial

El recurso de apelación en el solo efecto devolutivo que cabía contra el auto que terminaba el procedimiento significaba una *fisura procesal*, por cuanto podía suceder que en primera instancia se ordenara el retorno del menor, luego se lograra la ejecución de tal resolución y en alzada la Audiencia Provincial denegara el retorno. La gravedad se presentaba, porque se le imponía ahora al menor un nuevo traslado por *fuerza judicial*, lo que ponía en duda la tutela judicial efectiva[1411] y se podía agudizar si en el Estado requirente a donde había sido devuelto el menor se había pronunciado ya sobre el fondo del asunto atribuyendo la custodia al solicitante del retorno, pues ya nada se podía hacer para hacer cumplir la decisión de alzada ni siquiera activando al CH80[1412].

Un recurso así, carecía de sentido de acuerdo con CALVO CARAVACA Y CALVO CARRASCOSA, porque en tanto el menor había sido restituido al Estado requirente el recurso quedaba vacío, pero, igual el órgano competente debía pronunciarse[1413]. Sin embargo, en caso, de que la resolución del recurso se demoraba, incluso años, las decisiones tendían a ratificar el retorno, pero para evitar otra desestabilización al menor ya retornado al que después de varios años -mientras se decidía el recurso de apelación- le puede costar *muy alto* regresar al Estado que inicialmente ordenó su retorno[1414].

Un recurso así era inútil[1415] como lo señaló la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su tan polémica sentencia 120/2002: …"la resolución de éste [recurso de apelación en un solo efecto] habría de quedar en una declaración de derechos meramente teórica pero huérfana de toda trascendencia práctica".

Por eso, más que un recurso de apelación en un solo efecto era un recurso previsto en favor

[1410]BORRÁS, A., "Comisión Especial sobre…, *Op. cit.*
[1411] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Interés del menor…, *Op. cit*.
[1412] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.* p. 44.
[1413] CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores…, *Op. cit.*
[1414] PASCUAL, A., "Aplicación en España…, *Op. cit.*
[1415] MONTÓN GARCÍA, M., *La sustracción de…, Op. cit.,* p. 209.

de una sola de las partes, porque cobraría sentido, sólo si la decisión de primera instancia denegaba el retorno[1416]. Aunque la AC española afirmaba que era frecuente observar que los jueces acordaban dar espera a la ejecución hasta que no se resolviera el recurso de apelación, porque el plazo era relativamente breve y para evitar nuevos traslados al menor a propósito de resoluciones contradictorias[1417].

El legislador procesal español entendió los serios inconvenientes de conceder solo el efecto devolutivo al recurso de apelación interpuesto contra la decisión que ordenaba o denegaba el retorno en primera instancia. Así, que el numeral 11 del artículo 778 *quinquies* de la LEC dispone que el recurso de apelación contra la resolución que ordene o deniegue el retorno tendrá efectos suspensivos debiéndose resolver en un plazo perentorio e improrrogable de 20 días.

Con esta disposición puede esperarse que cesen los inconvenientes derivados de sentencias contradictorias o de recursos de casación vacíos de contenido. Ahora, todo está en que se cumplan en alzada los plazos perentorios para no atentar contra la preferencia que ordena el CH80 deben tener los procesos iniciados en su nombre.

3.1.5.1.2.3.6.3 El derecho de visita: huérfano otra vez

En punto de la determinación o reorganización del derecho de visita, el CH80 no muestra el camino que debe seguirse para lograr tal cometido, pero, tampoco prohíbe que se siga alguno. Es así, como el procedimiento anterior no podía surtirse para para hacer efectivo o reorganizar el derecho de visita si no había mediado una sustracción. No obstante, la flexibilidad -laguna- del CH80 era aprovechada proactivamente por la AC española que, sin prurito, remitía, recibía y tramitaba solicitudes de organización del derecho de visita, para lo cual incoaba procedimientos ante las autoridades judiciales y éstas le habían reconocido legitimación activa[1418], lo que honraba este propósito convencional sin poner como excusa la falta de procedimiento, lo que permite entonces asegurar que el CH80 extiende su protección al derecho de visita vulnerado[1419]. Ejemplo de ello, son las estadísticas que presentó en su oportunidad ante la CHDIPr que daban cuenta del

[1416] *Ibídem,* p. 209.
[1417] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 3.
[1418] ÁLVAREZ GONZÁLEZ., S., "Derechos de visita…, *Op. cit.*
[1419] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 798.

aumento sostenido de las solicitudes de visita tramitadas por su intermedio entre los años 2001 (18), 2002 (26) y 2003 (28)[1420].

Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 25 de abril de 2005 que organiza un derecho de visita solicitado directamente por la AC española sobre la base del artículo 21 del CH80 a título principal, lo que le dio protagonismo al referido artículo que ha sido mayoritariamente interpretado de manera residual y se considera insuficiente para fundamentar una demanda con miras a establecer un régimen de visitas[1421].

Lo cierto es que la práctica española, aunque respetuosa del ánimo convencional, es minoritaria en comparación con las posturas más literales que se han hecho del texto convencional en relación con la organización del derecho de visita. España es, pues, un ejemplo de la proactividad de las AC para despejar de obstáculos el ejercicio efectivo del derecho de visita de la mano con el CH80.

El nuevo procedimiento tampoco permite una organización o respeto del derecho de visita al margen de una sustracción con lo cual creo que la AC española seguirá actuando como lo venía haciendo y confío en que le sea reconocido en más estrados judiciales su legitimación.

3.1.5.2 Colombia

La tramitación de las solicitudes de retorno o de ejercicio efectivo u organización del derecho de visitas se surte en Colombia en dos fases: administrativa y judicial[1422].

La fase administrativa tiene como finalidad lograr el retorno voluntario del menor, pero de no lograrse, la decisión final sobre el retorno es adoptada en sede judicial por el Juez competente. En ambas sedes deben adoptarse los procedimientos de urgencia. El proceso que debe seguirse en fase administrativa está debidamente regulado y explicado en la Resolución 1399 del 18 de mayo de 1998, cuyos artículos 8 y 11 son inaplicables por inconstitucionales como ya establecí, en concordancia con: la Ley 1008 de 2006, por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia; la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia; el Código Civil y el Código

[1420] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.*, Información estadística (IV. 2).
[1421] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nota a la…, *Op. cit.*
[1422] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, *Manual para la*…, *Op. cit.,* p. 61.

de Procedimiento Civil[1423].

El rector de la fase administrativa es el Defensor de Familia quien debe, entre otras funciones, promover un arreglo voluntario y establecer la situación sociofamiliar del menor. En ejercicio de las funciones que tiene asignadas por el CIA puede realizar todas …"las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes"[1424], en este caso, sustraídos.

El alcance de las actuaciones de la AC varía cuando Colombia es Estado requerido o requirente; por tanto, es conveniente reseñarlas por separado.

3.1.5.2.1 Colombia como Estado requirente

En esta fase administrativa cuando Colombia es país requirente, el procedimiento ante la AC colombiana se inicia con la recepción de la solicitud en cualquiera de sus regionales, centros zonales o en la Subdirección de Intervenciones Directas (SID). Si la solicitud fue recibida por alguna regional o centro zonal, éstos deben remitir la solicitud a la SID, en donde le es asignada una numeración y se revisan tanto la solicitud como los recaudos que la acompañan[1425].

Si del análisis de la solicitud se deduce que no se trata de una retención o traslado ilícitos se rechaza la petición y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) explica al interesado sus posibilidades de acción[1426]. Si el diligenciamiento de la solicitud no fue adecuado o si los recaudos no son suficientes o no se consignaron los pertinentes la AC requiere del solicitante su corrección o adición. Si la solicitud se encuentra debidamente diligenciada y los recaudos se consideran suficientes la AC colombiana la remite a la AC del Estado requerido[1427].

Desde que la AC colombiana envía a la AC del Estado requerido la solicitud de restitución se convierte en enlace entre el solicitante y la AC del Estado requerido. Lo que implica mantener contacto permanente con ambos para poder hacerle seguimiento a la solicitud; coordinar acciones con autoridades nacionales y extranjeras en pro del bienestar del menor sustraído[1428].

Es imperioso reconocer que la AC colombiana queda a merced de la AC del Estado

[1423] *Ibídem,* p. 61.
[1424] Numeral 1 del artículo 82 del CIA que enumera las funciones de los Defensores de Familia.
[1425] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, *Manual para la*…, *Op. cit.*, p. 62.
[1426] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.*, p. 128.
[1427] *Ibídem,* p. 62.
[1428] *Ibídem,* p. 62.

requerido, porque, si bien es cierto que tiene la obligación de mantener contacto directo con ella, también lo es que las acciones más importantes de cara a localización del menor y aplicación cabal de la letra convencional no le es posible adelantarlas en tanto el menor está en el territorio de otro Estado parte. Así que la insistencia y compromiso serán sus mejores aliados porque el alcance de su labor se ve seriamente limitada en estos casos. Además, el ICBF ha puesto en evidencia la dificultad que le ha representado la comunicación con algunas AACC, porque o no cuentan con medios de comunicación rápidos o si los tienen no los utilizan; no responden a las solicitudes cuando se interponen por medio de correo electrónico o no informan de los cambios de dirección electrónica[1429].

En especial el ICBF ha puesto en evidencia a Costa Rica porque la AC, aunque es la entidad pública de protección de menores no adopta las medias provisionales necesarias para restablecer el derecho de los menores ni sanciona los incumplimientos[1430].

3.1.5.2.2. Colombia como Estado requerido

En estos casos la solicitud de retorno es recibida por la AC ya sea porque la AC del Estado requirente la envió o porque directamente la consignó el solicitante en las oficinas de la AC en Bogotá. Al recibirla se procede de la misma manera que cuando se es requirente: se revisa si el diligenciamiento y los recaudos fueron adecuados y suficientes.

De resultar completo el diligenciamiento de la solicitud y suficientes los recaudos la SID los enviará a la regional o agencia del ICBF del lugar donde se presuma se encuentra el menor. Una vez recibidos la solicitud y los recaudos, la regional o agencia deberá designar a un Defensor de Familia -el del Centro Zonal de la ubicación de menor- para que se encargue de citar al progenitor sustractor para intentar -con una explicación de la importancia del retorno para el menor[1431]-que retorne voluntariamente al menor al Estado donde tenía su residencia habitual antes de la sustracción[1432] y para que adopte las medidas que impidan un nuevo traslado[1433]. Ante esta solicitud Mantilla Durán sugiere que el ICBF debería solicitar la suspensión de todo proceso judicial en curso en relación con la custodia del menor, porque no son pocos los casos donde el

[1429] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 1.
[1430] *Ibídem,* respuesta a la pregunta 54.
[1431] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.,* p. 128.
[1432] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, *Manual para la*…, *Op. cit.,* p. 63.
[1433] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.,* p. 128.

sustractor una vez que ha llegado a Colombia ha promovido el proceso judicial que considera conveniente a su pretensión de legalizar la sustracción argumentando, por ejemplo, que el otro progenitor por encontrarse lejos geográficamente no puede ejercer la custodia[1434].

Como también ha sucedido en España, en el caso donde el padre trasladó a sus hijos de Suiza a España y en cuanto llegó a suelo español inició el proceso judicial de separación y solicitó la adopción de medidas provisionales respecto de sus hijos, con lo cual resultaron enfrentados dos procesos: el referido iniciado por el padre y el de restitución promovido por la madre sobre la base convencional, los que se sustanciaron paralela y separadamente. De tal enfrentamiento se obtuvieron sendas y contradictorias sentencias: la de separación y atribución de custodia al padre y la de restitución de los menores a Suiza[1435], lo que sin duda atenta contra …"el principio de tutela efectiva [que] no sólo contiene el derecho a la obtención de un fallo fundamentado, sino también a la ejecución de dicho fallo cuando sea firme"[1436].

El ICBF como AC no solo designa al Defensor de Familia competente territorialmente sino también le gira expresas instrucciones para que actúe conforme al texto convencional y con celeridad[1437]. De todas estas actuaciones el ICBF como AC colombiana deberá comunicar a la AC del Estado requirente[1438].

Es importante resaltar que el Defensor de Familia en Colombia sí tiene atribuida expresamente la posibilidad de: "Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente"[1439]; además, la conciliación es requisito de procedibilidad para acudir en Colombia a la jurisdicción civil y de familia[1440]; por tanto, en la aplicación del CH80 puede en sede administrativa lograrse una conciliación al respecto. Para ello, el Defensor de Familia debe citar

[1434] *Ibídem*, p. 128.
[1435] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "El Convenio de…, *Op. cit.*, p. 2208.
[1436] *Ibídem*, p. 2209.
[1437] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 4.
[1438] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.*, p. 128.
[1439] Numeral 8 del artículo 82 del CIA que enumera las funciones de los Defensores de Familia.
[1440] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 4.

al progenitor sustractor para intentar convencerlo de que entregue voluntariamente al menor[1441].

Si el Defensor de Familia determina que el sustractor tiene intención de conciliar y entregar voluntariamente al menor deberá establecer la fecha y hora para la audiencia de conciliación a la que deberá citar al solicitante por medio de la AC colombiana. Si en la audiencia se verifica efectivamente un acuerdo de retorno voluntario deberá levantar un acta en el que conste cuya copia remitirá a la AC y deberá asegurarse de que se haga la entrega. Si se verifica el retorno el Defensor de Familia debe cerrar el caso, de lo contrario deberá presentar la demanda correspondiente en sede jurisdiccional[1442].

Puede suceder que antes o durante la audiencia de conciliación el solicitante del retorno desista del mismo en tal caso el Defensor de Familia debe dejar constancia de tal desistimiento y mediante un auto declarará cerrado administrativamente el caso[1443].

De no lograr el retorno voluntario, el Defensor de Familia deberá declarar fracasada la etapa de conciliación. Además, deberá adoptar -porque el CIA le da la competencia para ello- las medidas provisionales tendentes al restablecimiento de los derechos del menor: prohibición de salida del país, establecimiento de un régimen internacional de visitas para restablecer el contacto del menor con el progenitor que solicita su retorno, entre otras, e interponer la demanda de retorno ante el Juez competente[1444]. Todo, en virtud del mandato que la ley le impone, porque el Defensor de Familia es el representante del ICBF como AC en Colombia y no tiene competencia para decidir de manera definitiva sobre el retorno del menor.

En virtud del artículo 137 del CIA el proceso judicial se inicia con el Informe del Defensor de Familia donde conste el desacuerdo sobre la restitución internacional, tal informe que implica el intento de conciliación es un requisito de procedibilidad en estos casos[1445] como ya se dijo.

En el marco del proceso le está vedado adelantar alguna petición, diligencia o trámite relacionado con la custodia, y deberá cumplir con todos los deberes que le impone la ley: mantener informada a la AC del estado del proceso; objetar las pruebas cuando no sean conducentes con el objetivo convencional; representar al menor en las audiencias de conciliación; garantizar el respeto

[1441] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, *Manual para la*…, *Op. cit.,* pp. 63-64
[1442] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, *Manual para la*…, *Op. cit.,* p. 64.
[1443] *Ibídem,* p. 64.
[1444] *Ibídem,* p. 64.
[1445] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.,* p. 129.

de sus derechos; establecer la situación del menor en el Estado de su residencia habitual cuando el sustractor se opone al retorno por alegar el grave riesgo que le supondría al menor, entre otras[1446].

Mientras se surte el procedimiento la AC sirve de vaso comunicante entre el solicitante, la AC del Estado requirente, el Defensor de Familia y el Juez competente, lo que propicia la cooperación. Y una vez obtenida la resolución que ordene o no el retorno le remite copia de la misma a la AC requirente.

La AC colombiana ha afirmado que la sustracción es un fenómeno que va *in crecendo*

3.1.5.2.2.1 Fase judicial en Colombia

La Ley 1008 de 2006, por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia, establece que las solicitudes de retorno son competencia de los jueces de familia y de los promiscuos de familia; además, recoge lo que ya se había determinado jurisprudencialmente antes de su entrada en vigencia: que las acciones de retorno deben ser resueltas mediante el procedimiento verbal sumario que se caracteriza por lo breve de los lapsos procesales, en especial para la etapa probatoria y para dictar sentencia[1447].

El procedimiento que se debe surtir en la fase judicial es el verbal sumario y en única instancia como lo ordena el CIA a diferencia de lo que contemplaba la Ley 1008 de 2006 que dejaba a salvo el principio de doble instancia[1448]. Pero, la interpretación legal sobre la viabilidad o no de conceder apelación contra la sentencia que resuelva la solicitud de retorno aún no es pacífica; por tanto, para algunos la norma de la Ley 1008 de 2006 que ordenada fueran sustanciados y decididos estos casos por el proceso verbal sumario de doble instancia sigue vigente -en razón de su especialidad-; por eso, en algunos Juzgados de Familia de Bogotá conceden y admiten la doble instancia[1449].

Las autoridades judiciales deben -al igual que las administrativas- aplicar el principio de celeridad y darle prevalencia a los asuntos relaciones con la restitución del menor, pero en la fase

[1446] *Ibídem,* p. 64.
[1447] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 7.
[1448] BLANCO RODRÍGUEZ, J., y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "La restitución…, *Op. cit.,* p. 273.
[1449] MANTILLA DURÁN, A., "Sobre la restitución…, *Op. cit.,* p. 130.

judicial ha establecido la Corte Constitucional que la celeridad no implica que se puedan desconocer las garantías del debido proceso. Sobre la celeridad el CIA curiosamente ha inobservado el plazo que el CH80 establece para la resolución de las solicitudes de retorno, así ha consagrado el CIA, en el parágrafo del artículo 119, que los Jueces de familia tienen hasta dos meses contados a partir de la interposición de la demanda o solicitud para resolver el caso, *so pena* de ser encausados por mala conducta. La AC también ha admitido que en virtud del retardo procesal que en Colombia caracteriza la resolución de la mayoría de los casos en sede judicial hace al término convencional imposible de cumplir.

En la fase judicial el Defensor de Familia y el Juez exigen la designación de un abogado para que asista a la parte que no esté en condiciones de comparecer en el proceso a sufragar los gastos de honorarios de abogado[1450].

En cuanto a la audición del menor, explica el ICBF que desde la fase administrativa el Defensor de Familia solicita la realización de un estudio psicosocial y en él se determina si es necesario o no oír al niño. En ciertos casos, le es tomada una declaración a los menores. Así, si fracasa la fase administrativa se da inicio a la judicial, el Juez tiene la obligación de admitir y valorar como pruebas lo adelantando en la fase administrativa[1451].

3.1.5.2.2.2 Condicionamientos o *undertakings*

El ICBF explica que tanto en la fase administrativa como en la judicial las autoridades están autorizadas para aceptar o exigir compromisos a los progenitores con el propósito de lograr el retorno del menor siempre y cuando estén dentro del marco legal y sean respetuosos de los derechos del menor. Entre los condicionamientos que se han otorgado se cuentan: el cese de todo acto de violencia, la garantía de que el menor no será expuesto a riesgos o peligros, la garantía de que se respetará y honrará el régimen de visitas para el otro progenitor. Asimismo, se permitirá el contacto entre el menor y el otro progenitor por cualquier medio, otras que no son exigidas por la autoridad, pero sí acordadas por los progenitores como el levantamiento o desistimiento de denuncias penales o civiles[1452].

[1450] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 8.
[1451] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 9.
[1452] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 27.

Si los condicionamientos son exigidos por el Estado requerido y se solicita que el ICBF asista a las partes para lograr el cumplimiento de un condicionamiento, el ICBF interviene efectivamente desde el ámbito jurídico y psicosocial[1453].

3.1.5.2.2.3 Resolución alternativa de la solicitud

En el marco del proceso judicial se puede conciliar en virtud de la Ley 1008 de 2006 y de la Ley 446 de 1998[1454], si las partes llegan a un acuerdo y se incumple se puede lograr el cumplimiento forzoso de la sentencia que aprobó el acuerdo por medio de la acción penal de fraude a resolución judicial o civilmente por medio del proceso ejecutivo por ejecución de hacer que obliga al cumplimiento de una obligación adquirida ante una autoridad[1455].

El ICBF admite que la mayoría de los casos se han resuelto, ya en fase administrativa, ya en fase judicial por medio de la mediación o la conciliación[1456].

3.1.5.3 Venezuela

Con pesar hay que reseñar que no se cuenta con acceso a la información referida al desempeño de la AACC en Venezuela, por tanto, no se puede dar cuenta del proceso que sigue cuando Venezuela es país requerido o requirente.

3.1.5.4 CIA dual

3.1.5.4.1 Reserva del artículo 7 del CH80: imposibilidad de retorno por razones económicas

EL ICBF como AC de Colombia evidencia un caso que si bien está regulado teóricamente por el CH80 no encuentra solución práctica se trata de aquél donde el solicitante del retorno no cuenta con los recursos económicos necesarios para adelantar los trámites[1457] al que yo añadiría y

[1453] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 28.
[1454] Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Disponible en: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html>.
[1455] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 20.
[1456] *Ibídem*, 22
[1457] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 56.

su menor hijo ha sido trasladado a un Estado parte del CH80, pero que no brinda asistencia judicial ni jurídica gratuita. En este caso, el CH80 es aplicable, pero por razones económicas no se podrá lograr el retorno, esto da cuenta, de los efectos severos que causan las reservas a los tratados como el CH80: los hace írritos, porque el Convenio existe, es aplicable al presupuesto fáctico, pero…la falta de recursos es ahora un enemigo del objetivo convencional.

3.1.6 Los derechos de custodia y visita en el CH80

3.1.6.1 España

En Madrid se llevó a cabo un Seminario sobre sustracción de menores entre Estados Unidos y España y entre las conclusiones que llegaron es que el concepto convencional de custodia debe interpretarse de manera articulada con la legislación interna del Estado donde el menor tiene su residencia habitual. El derecho a decidir sobre el lugar de residencia, en principio, es una de las propiedades del derecho de custodia, pero puede ser ejercido por el progenitor que tenga el derecho de visita[1458].

3.1.6.2 Colombia

La Corte Constitucional en Colombia ha establecido que "El Convenio de la Haya protege el derecho fundamental de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo"[1459]. Eso da cuenta de que

3.1.7 Es un Convenio *law in action*

Dentro de las iniciativas que permiten el dinamismo y remozamiento convencional se reseñan encuentros que facilitan el intercambio de experiencias entre las AACC, las comunicaciones judiciales internacionales directas, entre otras.

3.1.7.1 España

España se ha empeñado en realizar encuentros con AC de otros Estados parte, así lo ha hecho con Reino Unido, Suiza, Estados Unidos. Asimismo, ha organizado algunos encuentros de

[1458] Conclusiones del Seminario sobre sustracción de menores, Estados Unidos-España en MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 13.
[1459] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

AACC iberoamericanas donde ha coincidido con las AACC de Argentina, Chile, Colombia, Perú, San Salvador, España, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela[1460].

En punto de las comunicaciones judiciales internacionales directas en España funciona la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE) instituida por el Acuerdo Reglamentario 5/2003 de 28 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a la cooperación jurisdiccional internacional[1461], asiste a los jueces españoles en causas de orden internacional para lograr la cabal aplicación de los tratados internacionales de que hace parte España. Además, el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia cuentan, cada uno, con dos puntos de contacto para asistir y resolver consultas de los jueces en esta materia.

3.1.7.2 Colombia

Ha propiciado un encuentro de AACC de Estados Unidos y Colombia en 2004 y participado en la III Reunión de Autoridades Centrales Iberoamericanas en materia de sustracción de menores, realizada en Cartagena de Indias en 2005[1462], tales encuentros han propendido a la unificación de interpretación o aclaratoria de los términos y procedimientos que utilizan otros Estados parte[1463]. El ICBF ha capacitado al 80 por ciento de los Defensores de Familia en torno al CH80[1464].

La Guía de Buenas Prácticas en todas sus partes ha sido de invaluable apoyo al ICBF hasta el punto de que su contenido hace parte del Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez y la adolescencia que preparó el ICBF y que ilustra tanto a los Defensores y Jueces de Familia, Magistrados, Defensores del Pueblo y Procuradores de la Nación[1465].

[1460] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 5.
[1461] Disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-11156&lang=en>.
[1462] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 5.
[1463] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 23.
[1464] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 24.
[1465] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a las preguntas 36 y 37.

En cuanto a las comunicaciones judiciales internacionales directas la AC lo que puede hacer y lo que ha hecho es exhortar al Consejo Superior de la Judicatura[1466] para que efectivicen estas comunicaciones[1467].

3.1.7.3 Venezuela

Es merecedor de especial reconocimiento el encuentro que bianualmente concretan las AC de Iberoamérica, entre las que se encuentran las de los países[1468] de referencia, a propósito de la IberRed y en cuyo marco se han institucionalizado dos divisiones: civil y penal. Dentro de cada una se han organizado grupos de trabajo especializado, así al interior de la civil se encuentra el de sustracción de menores[1469]. Más detalles de la IberRed se expondrán más adelante.

España ilustra a Colombia, Venezuela y en general a Latinoamérica en estos encuentros porque a fuerza de su numerosa -lamentablemente- experiencia ha afinado la aplicación del CH80, que en el marco iberoamericano se aplica sin las alteraciones que le impone en el espacio comunitario el R2201/2003

Y es que este tipo de encuentros, así como la existencia de la Red Internacional de Jueces de La Haya enaltece una de las recomendaciones de la Comisión Especial de 2006: "la importancia de promocionar los contactos entre los jueces y de consolidar la red de jueces de enlace"[1470] enfatizada en la de 2011: es un elemento importante en la aplicación del CH80 la comunicación directa entre jueces[1471].

Las AACC y jueces de enlace de España, Colombia y Venezuela han participado en los encuentros convocados tanto por la Oficina Permanente de la CHDIPr como por la IberRed, lo que da cuenta de la intención de mantenerse al día en cuanto al alcance e interpretación de la letra

[1466] Básicamente tiene dos funciones: administrar los recursos de la rama judicial, así como conocer y sancionar las faltas cometidas por funcionarios judiciales y abogados en ejercicio. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/portal/inicio>.
[1467] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 14.
[1468] 23 son los países que forman la IberRed. Disponible en: https://www.iberred.org/paises-miembros.
[1469] Disponible en: <https://www.iberred.org/content/cartagena-julio-2010>.
[1470] BORRÁS, A., Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (30 de octubre de 2006), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 2006, pp. 1110-1116.
[1471] BORRÁS, A., Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1 a 10 de junio de 2011), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 2011, pp. 314-320.

convencional. También hay reconocer que los tres países, cumplen regularmente -más España y Colombia que Venezuela- con la resolución de los cuestionarios y envío de estadísticas a la Oficina Permanente para poder alimentar así los registros que la CHDIPr mantiene en relación con los casos de sustracción.

3.1.8 Excepciones convencionales al retorno

Hay que advertir en este apartado que hay una serie de factores que hacen compleja la labor judicial a propósito de las excepciones convencionales al retorno. El caso es que la realidad es tan variada que puede retar a la autoridad judicial cuando deba decidir. Uno de esos factores es la alta casuística que implican las distintas realidades que pudieran erigirse como excepción al retorno. Por otra parte, se encuentra el hecho de que no hay una autoridad judicial que logre concierte la interpretación y consecuente aplicación de las normas convencionales al respecto. Por tanto, se han podido categorizar las decisiones judiciales en este punto, así: a) las que se encuentran con causas que sí justificarían negar el retorno; b) las que no tienen manera de negarlo; c) las llamadas zonas grises, tal vez la más retadoras para un operador de justicia: en estos convergen razones para ordenar el retorno y a la vez para negarlo, sobre la base de las excepciones convencionales[1472]. Una tarea nada fácil la de los jueces en los casos de sustracción, sobre todo de orden excepcional al retorno inmediato.

3.1.8.1 Integración al medio

3.1.8.1.1 España

Para que opere esta excepción ha de establecerse primeramente si el traslado o la retención han sido ilícitos en los términos del CH80[1473] y con preocupación se reseña una decisión donde el Juez advierte que el traslado y la posterior retención son lícitos pero a pesar de eso deniega el retorno del menor argumentando que ya se integró al medio, cuando lo procedente -suponiendo que dejó sentada de manera indubitable que no había ilicitud- era simplemente reconocer que no se podía resolver el caso sobre la base convencional del CH80[1474]. La decisión de admitir que es

[1472] LORENTE MARTÍNEZ, I. (2021). "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*, p. 973.
[1473] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*, p. 140.
[1474] GARCÍA, S., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 172/2006 (Sección 4), de 23 de noviembre. Ponente: Ilma. Sra. Dª Pilar Aragón Ramírez, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2007, pp. 299-304.

lícito el traslado y la retención y aun así negando el retorno resulta abiertamente contradictorio e indicador del desconocimiento de algunos jueces en relación con la adecuada interpretación convencional.

Por otro parte, para que pueda denegarse el retorno del menor argumentando su integración al medio debe haber transcurrido más de un año entre la fecha de la sustracción y la fecha de inicio del procedimiento de retorno[1475]. A pesar de esa indicación convencional se han presentado casos en los que la autoridad judicial deniega el retorno del menor asegurando que se ha integrado a su nuevo medio sin que haya transcurrido tal plazo[1476]. De otro modo, hay que tener claro que el año que convencionalmente es una presunción *iuris tantum* respecto de establecer que la menor cuenta, ahora, con un nuevo Estado de residencia habitual, pues, además, hay que probar fehacientemente la cabal integración del menor al nuevo entorno, y que, de ordenarse su retorno, se le generaría un daño[1477].

3.1.8.1.2 Colombia

La Corte Constitucional en Colombia ha sentado que la acción de retorno inmediato procede sólo cuando no ha transcurrido un año contado desde la sustracción y hasta la interposición de la demanda ante el Juez competente, pues si ese año ya transcurrió no puede ordenarse el retorno del menor comprobando únicamente la ilicitud del traslado antes debe reparar la autoridad judicial en si el menor ya se ha integrado al medio o no, para evitar causarle daños físicos o síquicos al menor por un nuevo desarraigo ahora ordenado judicialmente[1478].

3.18.2 Grave riesgo

3.1.8.2.1 España

Sobre la excepción consagrada en el artículo 13.b del CH80 la jurisprudencia en España es disímil porque al decir de Gómez las decisiones han pasado de abusar de este recurso excepcional

[1475] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional sde…, *Op. cit.*, p. 141.
[1476]GARCÍA, S., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2006, pp. 469-473.
[1477] CORDERO ÁLVAREZ, C., "Sustracción internacional de…, *Op. cit.*, p. 141.
[1478] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1021/10 de 10 de diciembre de 2010. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-1021-10.htm#_ftnref22>.

a interpretarlo y aplicarlo como corresponde: de manera restrictiva[1479], excepcional[1480], con lo que demuestran su prevención y mesura además de conocimiento teleológico del CH80.

El Juez debe considerar que el sustractor puede argumentar esta excepción, al igual que las otras, solo con un exclusivo ánimo dilatorio[1481], porque sabe los efectos eventuales que el transcurso del tiempo ocasiona convencionalmente cuando de decidir el retorno se trata. Tal vez por eso la práctica jurisprudencial española, en general, se muestra aprehensiva y muy escrupulosa para denegar el retorno por esta causa, pues comprende lo cuidadoso[1482] del tema. Además, hay que recordar el impacto restrictivo de esta excepción que tiene en el CH80 el R2201/2003.

Pero, con pesar, hay que reseñar ciertas decisiones que ponen en evidencia que la jurisprudencia -en no pocas ocasiones- obvia la *ratio convencional*, se aleja de las disertaciones doctrinarias al respecto y reincide en el abuso de la excepción demostrando, entre otras cosas, el desconocimiento de los avances logrados en la interpretación y aplicación convencional. Tal es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2005 que deniega el retorno de la menor argumentando el literal b) del artículo 13 del CH80 haciendo una interpretación "generosa y ajurídica" de la excepción donde ni siquiera había indicio de peligro y lo único que se había asegurado era que la niña al ser retornada sería separada de su progenitora con la que se sentía "unida y feliz"[1483].

En otros casos, algunos jueces españoles anteponiendo sus creencias y pareceres personales a los propósitos convencionales han dado excesiva importancia a los informes sociales sobre el menor lo que redunda en un abuso de esta excepción[1484] y es, por eso, que se reconoce la necesidad

[1479] GÓMEZ, B., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, p. 91. LORENTE MARTÍNEZ, I. "La integración europea…, *Op. Cit.*, p. 202.

[1480] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., Sustracción internacional de menores y enfermedad psiquiátrica del progenitor no sustractor. Comentario del auto de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección IV), núm. 37/2018, de 14 de junio". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, pp. 764-772. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4648>.

[1481] GONZÁLEZ, C., La aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en la República Argentina: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 1995, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 1995, pp. 525-527.

[1482] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the…, *Op. Cit.*, (s/p).

[1483] GARCÍA, S., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2006, pp. 469-473.

[1484] FACH, K., Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 13 de octubre de 2000, Anuario Español Derecho Internacional Privado, Tomo II, 2002, pp. 1014-1020.

de ser objetivo, riguroso en la ponderación de los elementos y circunstancias que permitirían considerar la denegación del retorno, porque de lo contrario se estaría, como ya se ha dicho en reiteradas oportunidades, atentando contra el objetivo convencional. Entonces, se hace imperativo recordar que los alegatos de peligros que implicaría para el menor su retorno no deben bastar simples alegatos[1485] o denuncias temerarias, han de probarse inequívocamente, porque, de lo contrario, se le está restando fuerza al CH80.

Por otro lado, se encuentran los argumentos en contra del retorno fundamentados en las consecuencias que tendría en el menor la separación con el progenitor sustractor, de quien ha dependido desde y a propósito de la sustracción y quien alega ahora que el retorno del menor al Estado de su residencia habitual le generaría secuelas por la separación, este alegato ha entendido la jurisprudencia no permite para nada verificar la excepción del numeral b) del artículo 13 y el retorno se ha ordenado a pesar de lo argumentado[1486].

También se reseñan decisiones donde una vez argumentado el recurso excepcional del artículo 13.b) el Juez en su labor interpretativa lejos de establecer el verdadero interés superior del menor y decidir en su nombre y protección ordena o deniega el retorno atendiendo a las características o ventajas que presente el Estado al que será retornado, porque sobre ese aspecto no trata el CH80 y el hecho de que un Estado haga parte de una comunidad jurídica o cuente con determinadas características no es garantía de que el menor no corra peligro al ser retornado. Entre otras razones, por casos como los descritos es que la CHDIPr presentó la sexta parte de la Guía de Buenas Prácticas[1487] que versa sobre la disposición contenida en el artículo 13.b.

Disponible en: <http://www.academia.edu/953026/Jurisprudencia_espa%C3%B1ola_Spanish_Case_Law_Kidnapping_Hague_Convention_>. GARCÍA, C., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2006, pp. 469-473.

[1485] GONZÁLEZ BEILFUS, C., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª), de 23 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2004, pp.356-360. .

[1486] FACH, K., Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 3 de abril de 2000, Anuario Español Derecho Internacional Privado, Tomo II, 2002, pp. 1014-1020.
Disponible en: <http://www.academia.edu/953026/Jurisprudencia_espa%C3%B1ola_Spanish_Case_Law_Kidnapping_Hague_Convention_>

[1487] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980. Guía de Buenas Prácticas. Parte VI. Art. 13(1)(b). 2021. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf

Hay que enfatizar que el eje convencional es el menor y su interés superior[1488], porque si el retorno va a atender al grado de organización del Estado al que será retornado habrá casos donde nunca proceda la denegación si se va a retornar al menor a un Estado de los más organizados, seguros y cuyos índices macro y microeconómicos sean formidables, pero la pregunta evidente es ¿se está analizando y velando por el interés superior del menor o el Juez está teniendo un acto de gentileza política o reconocimiento internacional con un Estado y está retornando al menor como un galardón por su estatus internacional? Y el otro lado, de la moneda serán los retornos denegados porque el Estado de residencia habitual del menor está en situaciones menos desfavorables al Estado de refugio: el menor no es un galardón, no es un indicador, es un ser humano vulnerable ávido de protección.

En punto de esta excepción se saludan sentencias que deniegan el retorno porque su sustractora, la madre titular de la custodia con límites territoriales pero víctima de violencia doméstica comprobada se niega a regresar al Estado de origen, ya se ha establecido que en estos casos el sustractor puede utilizar estratégicamente su derecho a determinar su residencia para negar regresar al Estado de origen impidiendo así que el menor sea restituido en su *statuto quo,* porque el titular de la custodia ya no lo podrá seguir siendo, pero cuando se trata de violencia doméstica comprobada se ha denegado el retorno por el peligro que significaría para el menor estar en presencia o cerca del progenitor solicitante del retorno pero victimario de la madre, porque el riesgo de ser víctima de violencia es muy alto para el menor habida cuenta de los antecedentes familiares de violencia aunado al hecho de que las autoridades del Estado de origen habían demostrado su incapacidad para garantizarle a las menores, en este caso, vivir en un ambiente seguro libre de violencia[1489].

Vale aclarar que esta decisión se adoptó antes de la entrada en vigencia del R2201/2003

[1488] Como es el caso de la sentencia comentada donde el Juez argumenta que el retorno se hará a Italia porque hace parte de la Comunidad Europea. FACH, K., Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 1 de febrero de 2000, Anuario Español Derecho Internacional Privado, Tomo II, 2002, pp. 1014-1020. Disponible en: <http://www.academia.edu/953026/Jurisprudencia_espa%C3%B1ola_Spanish_Case_Law_Kidnapping_Hague_Convention_>.

[1489] GONZÁLEZ BEILFUS, C., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª), de 23 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2004, pp.356-360. . QUIÑONES, A., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004. Ponente: Ilmo. Sr.D. Pablo José Moscoso Torres, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2005, pp. 364-368.

que impone en el literal 4 de su artículo 11 una restricción a la excepción analizada, si ya hubiese estado vigente tal vez otra decisión se hubiese proferido, pero siempre enalteciendo-así se espera- el interés superior del menor. Pero, González confiesa sus reservas al respecto planteándose preguntas como "¿Son medidas adecuadas las órdenes de alejamiento? ¿Se puede entrar a valorar si además de adecuadas en el plano teórico son eficaces en la vida real?", además queda planteada la duda de si llegan a ser *suficientes y adecuadas* tales medidas a criterio del Juez en definitiva ¿se tendrá que ordenar el retorno a sabiendas del riesgo, ya conjurado por las medidas? o denegándolo queda la posibilidad de que las autoridades del Estado de origen se pronuncien ordenando el retorno[1490].

3.1.8.2.2 Colombia

La Corte Constitucional en Colombia ha establecido que:

> …la orden de restitución no depende de que el juez considere que el padre que retuvo ilegalmente a su hijo tiene un comportamiento moral más adecuado que el padre que solicita el regreso del menor. Para que el funcionario competente pudiera abstenerse de ordenar la restitución, sería necesario demostrar que el comportamiento de quien solicita el retorno es de tal gravedad que supone un riesgo cierto para la integridad física o síquica del niño o que lo colocaría en una situación intolerable. No basta entonces con afirmar que, en alguna oportunidad, quien solicita la restitución incurrió en un comportamiento que puede ser moralmente reprochable por quien retiene al menor[1491].

Y sobre la carga probatoria al respecto:

> el debate probatorio en torno a las condiciones que permitan negar la restitución debe hacerse fundamentalmente a partir de las alegaciones del padre requerido, sin que, en principio, quepa hacer indagaciones generales sobre las condiciones del menor en su Estado de residencia habitual, si de la declaración del padre requerido no se desprende que exista una específica condición de riesgo o de peligro[1492].

[1490] GONZÁLEZ BEILFUS, C., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª), de 23 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2004, pp.356-360.

[1491] "Si el padre considera que el comportamiento descrito es reprobable y que puede implicar un "mal ejemplo" para su hijo, tiene la posibilidad de acudir a las autoridades de Georgia para solicitar el replanteamiento de los términos del "Plan de Padres", pero no es el proceso de reintegro la oportunidad adecuada para formular tal alegato". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

[1492] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-891/03 de 6 de octubre de 2003. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-891-03.htm>.

El ICBF reconoce que es frecuente que el progenitor sustractor demandado se oponga al retorno *so pretexto* de violencia doméstica lo que ha conducido a algunas autoridades administrativas y judiciales a decretar pruebas que no proceden en estos casos lo que redunda en serias demoras en los procesos de restitución o regulación internacional de visitas. Pero si se deja claramente establecido abuso sexual contra el menor se denegará el retorno o la regulación internacional de visitas[1493].

3.1.8.3 Oposición del menor

3.1.8.3.1 España

La jurisprudencia española en algunos casos ha tomado distancia del cuidado que debe tenerse al denegar el retorno sobre la base de la oposición del menor. Así, se encuentran decisiones que sin dejar sentado el grado de madurez del menor se han apresurado a negar el retorno porque el menor llanamente ha manifestado su negativa. Y el Juez ni se detuvo a establecer si fue debidamente informado el menor aclarándole que su retorno nada tiene que ver con una decisión de custodia, o sin utilizar los medios idóneos para establecer el parecer del menor[1494].

En otros casos, a pesar de ser conveniente oír a los menores, no se ha hecho mención de su parecer, y en este punto se ha manifestado críticamente González Beilfuss, quien sugiere que a pesar de tener poca edad merece la pena escuchar a los menores

> La opinión de dos niñas de siete y ocho años –e incluso de menor edad- no me parece, sin embargo, irrelevante en virtud de que no tengan edad y grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones, sobre si además hay constancia de que han visto lo que dicen haber visto, y, por consiguiente, no existen dudas respecto a que lo que dicen querer se corresponde con lo que realmente quieren. Por consiguiente, creo que se debería haber hecho alguna referencia a esta cuestión[1495].

Ahora, en relación con la legislación vigente en España y relativa a audiencia del menor, la AC recalca la importancia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código

[1493] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 25.
[1494] GARCÍA REVUELTA, C., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 606/2005 (Sección 24), de 19 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2006, pp. 469-473.
[1495] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª), de 23 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández), Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2004, pp.356-360.

Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio en la materia, porque antes de su entrada en vigencia era obligatorio para el Juez oír a los menores mayores de doce años si tuvieren suficiente juicio pero a partir de la referida norma es obligación oír a los menores –sin distinción de edad- garantizando el Juez las condiciones idóneas de la audición para el menor, sin interferencias -porque siempre está presente la posibilidad de que los progenitores quieran influenciar en el parecer del menor- y valiéndose de especialistas cuando fuere necesario[1496]. Por eso, no puede quedar duda de la obligación de los tribunales, sobre la base no solo del CH80 sino también de la Convención de los Derechos del Niño, asegurar que se oiga a todo niño sobre los asuntos que le afecten y siempre y cuando esté apto para formarse un juicio al respecto[1497].

En casos de sustracción la audición del menor debe pretender establecer las objeciones del menor a su retorno, las causas de tal objeción y, de ser el caso, el peligro que entrañaría el retorno. Por tanto, cuando de menores se trata mal podría tenerse baremos estandarizados para llevar a cabo su audición, antes bien, hay que reparar en su edad y madurez, porque oír a un adolescente no requiere de las mismas condiciones y cuidados que demanda la audición un niño de corta edad.

La corta edad, *per se*, no es un impedimento para dejar de oír al menor, si el Juez decide no hacerlo será en casos excepcionales y debidamente motivados, porque es tal la importancia que se le otorga a la audición del menor que si no se lleva a cabo, tal omisión es causa de oposición al reconocimiento y ejecución de una resolución de responsabilidad parental[1498].

El Juez en España valora la oposición del menor a su retorno en virtud de su edad, grado de madurez y las circunstancias concretas de cada caso[1499].

3.1.8.3.2 Colombia

En Colombia la Corte Constitucional ha sentado que el CH80 no impone una obligación al Juez de oír al menor, antes lo que le da "la facultad de discernir, de manera razonable, en qué circunstancias resulta fundamental escuchar y tener en cuenta la opinión del menor a la hora de

[1496] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 9.
[1497] LORENTE MARTÍNEZ, I. "La integración europea…, *Op. Cit.*, p. 203.
[1498] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 9.
[1499] *Ibídem*

definir tan delicada materia"[1500]. Así, el Juez tiene plena libertad para en cada considerar necesaria o no la opinión del menor, la que no siempre debe ser directa, puede ser manifestada por medio de peritajes al efecto o por medio de sus representantes legales, siendo en Colombia discrecional del Juez[1501].

3.1.8.4 Excepción del artículo 20

3.1.8.4.1 España

> *The return of the child may be refused if not permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms (…) however, a Spanish court refused a return on the basis of violating human rights and freedoms where it determined a fleeing mother would be deprived of due process in the courts of the child´s habitual residence. Also, two Australian courts have endorsed the defense in dicta*[1502].

A pesar de lo reseñado anteriormente la AC española asegura que no han tenido caso alguno donde el retorno se haya denegado sobre la base del artículo 20 del CH80[1503].

3.1.8.4.2 Colombia

De acuerdo con la relación y registro que contabiliza la AC en Colombia asegura que desde

---

[1500] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

[1501] "Dado que lo que se definía en el proceso mencionado era la restitución del menor y no el derecho de guarda o de custodia, la decisión de no escuchar directamente la opinión del niño de seis años - que ha permanecido por más de dos años en el hogar paterno; lejos de su madre y en contra de la voluntad de está; sin conocer la razón que explica tal distanciamiento; y sin que exista siquiera algún indicio sobre posible violencia o maltrato por parte de la madre - parece razonable (…)Como es evidente, se trata de la adopción de una decisión determinante para el futuro del menor y, sin embargo, no parece que éste tenga plena capacidad para comprender y aceptar plenamente los efectos que la misma puede tener". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

[1502] Ninguna corte en los EEUU ha usado esta defensa como una justificación para negar el retorno bajo los principios convencionales. Sin embargo, internacionalmente una corte española rechazó el regreso sobre la base de la violación de los derechos humanos y las libertades, donde determinó que una madre que se da a la fuga sería privada del debido proceso en las cortes del Estado de residencia habitual del menor. HAGUE CONVENTION CHAPTER ADVISORY COMMITTEE. The Hague Convention on International Child Abduction: a child´s return and the presence of domestic violence, 2005, p. 20. Disponible: en: <https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/page/Washington_State_Bench_Guide_dvAndTheHagueConvention.pdf>.

[1503] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 10.

que se ha aplicado el CH80 no se ha denegado el retorno con fundamento en el artículo 20[1504].

3.1.9 La especialización judicial y la interpretación convencional

El CH80 al igual que otros convenios internacionales demanda un conocimiento de la *ratio* convencional y de otros intríngulis particulares para poder lograr una cabal interpretación y consecuente interpretación convencional, es lo que ha llamado Álvarez González "peculiaridades interpretativas"[1505].

3.1.9.1 España

La AC española ha reseñado que el Consejo General del Poder Judicial organiza cursos para los jueces y magistrados, cuando los cursos implican solo a jueces nacionales se realizan anualmente[1506] tres áreas: Curso de formación inicial en la Escuela Judicial; Cursos de formación permanente y cursos especiales y concretos por la importancia de la materia[1507] como es la de sustracción[1508].

Asimismo, los Colegios de Abogados de España se han empeñado en capacitar al respecto, por ejemplo, el Colegio de Abogados de Madrid los realiza desde 1996[1509], las universidades también han sumado esfuerzos en la capacitación en el tema[1510]. Además, el mismo Consejo General por intermedio de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), asiste a los Juzgados y Tribunales de España para lograr la cabal aplicación de la letra convencional[1511]. También, el país cuenta con cuatro puntos de contacto a los que pueden acudir o contactar los jueces para ser orientados en materia de sustracción internacional[1512].

[1504] INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. *Respuestas al Cuestionario…, Op. cit.,* respuesta a la pregunta 10.
[1505] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "El Convenio de…, *Op. cit.,* p. 2207.
[1506] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* Formación y educación para profesionales (VI. 1,2 y 3).
[1507] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 23.
[1508] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* Formación y educación para profesionales (VI. 1,2 y 3).
[1509] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 23.
[1510] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* Formación y educación para profesionales (VI. 1,2 y 3).
[1511] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* Cooperación (V. 1).
[1512] *Ibídem*

Sin duda, la Ley 15/2015 ha significado un deliberado empeño de España en imponer "…la especialización, la celeridad y por la concentración de la competencia…"[1513], dimensiones cardinales para poder aplicar el CH80 debidamente. Es necesario resaltar que la Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015 ha hecho un significativo aporte a la especialización de en la materia, todo.

3.1.9.2 Colombia

Si bien es cierto que no está concentrada la competencia en un número pequeño de tribunales hay que reconocer que está adjudicado el conocimiento de estas causas a una jurisdicción especializada[1514]. Sin embargo, la AC ha acusado ciertos casos que sin bien son anecdóticos atentan contra la especialización: algunos Jueces de Civiles de Circuito que no remitieron los procesos al Juzgado de Familia competente, alegando el principio de la jurisdicción perpetua[1515].

El ICBF ha realizado conversatorios con funcionarios judiciales en los Juzgados de Familia en Bogotá con el propósito de colocar el tema en el centro de interés y unificar criterios de interpretación[1516], pero denuncia también que la convocatoria que como AC hace a las capacitaciones no tiene la respuesta esperada en la rama judicial, porque los jueces dependen del Consejo Superior de la Judicatura que los capacita; por tanto, sugiere el ICBF que sea la misma CHDIPr la que convoque, en Colombia, la capacitación judicial[1517] y que haga la exhortación para que le impriman mayor celeridad a los procesos judiciales en la materia[1518].

3.1.10 La ejecución de la orden de retorno

3.1.10.1 España

En el marco de la LEC el Auto que decida sobre el retorno o no del menor da por finalizado el proceso iniciado por el Abogado del Estado a instancia de la AC. Para que se pueda ejecutar la

[1513] FORCADA-MIRANDA, F-J. (2016). "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)", Bitácora Millennium DIPr, núm. 3º, pp. 1-5.
, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1, 2010, pp. 187-220
[1514]INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Respuestas al Cuestionario…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 6.
[1515] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 11.
[1516] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 24.
[1517] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 52.
[1518] *Ibídem*, respuesta a la pregunta 68.

decisión -así no sea definitiva y la Audiencia Provincial no haya resuelto el recurso de apelación[1519]- cualquiera de las partes interesadas debe solicitar la ejecución provisional la cual será acordada por el Juez de primera instancia o de Familia por medio de un auto a tal efecto[1520].

Si el Juez decide el retorno la AC debe realizar una de sus más arduas labores: coordinar la entrega del menor, porque debe garantizar el bienestar del mismo. Si el demandado perdidoso es contumaz y, no obstante, la orden judicial se niega a entregar al menor, se puede lograr la ejecución forzosa y, al mismo tiempo, castigar penalmente al sustractor por desobediencia a la autoridad[1521].

Si la resolución trata de la organización de las visitas, también le corresponderá a la AC la logística y los detalles para lograr su efectividad[1522].

Ahora bien, si la decisión judicial en primera instancia es la denegación del retorno, el Abogado del Estado deberá apelar tal decisión con las consecuencias que el solo efecto del recurso trae consigo y ya se explicaron, pero el recurso no se interpondrá si quedan demostrados elementos tales como que al solicitante del retorno no le asiste derecho alguno sobre el menor[1523].

Otro recurso que cabe contra la decisión adoptada es el Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que se podrá interponer sólo una vez resuelto el de apelación, a propósito de la resolución de ese recurso el TC puede ordenar la suspensión del auto que ordena la restitución ya sea proferido en primera instancia, segunda instancia o se trata del auto que ordena la ejecución si así lo impone el interés superior del menor[1524].

[1519] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución de las decisiones de retorno de menores en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y las decisiones sobre derecho de visitas, 2006, respuesta a la pregunta 3.

[1520] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.* respuestas a las preguntas 2. a) y 2. b.

[1521] PÍAS, E., El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores, en ZARRALUQUI, L., y otros, La sustracción interparental de menores, DYKINSON, Madrid, 2005, pp. 21-44.

[1522] PÍAS, E., El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores, en ZARRALUQUI, L., y otros, La sustracción interparental de menores, DYKINSON, Madrid, 2005, pp. 21-44.

[1523] PÍAS GARCÍA, E., El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores, en ZARRALUQUI, L., y otros, La sustracción interparental de menores, DYKINSON, Madrid, 2005, pp. 21-44.

[1524] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 3.

Ejecución del retorno

Sobre la ejecución del Auto que ordene el retorno el CH80 no consagra disposición alguna[1525], España tampoco lo consagró en el procedimiento contemplado para el retorno en la LEC de 1881, y era una de las grandes debilidades que planteaba ese procedimiento en virtud de su naturaleza jurídica: jurisdicción voluntaria, que se caracteriza, entre otras particularidades, porque las decisiones adoptadas no cuentan con fuerza ejecutiva[1526] y, por ende, no pueden revisarse para modificarlas en atención al cambio, eventual, de circunstancias si ha mediado un prudencial lapso entre la fecha en que se adoptó la decisión y en la que se pretende su ejecución.

Pero la AC española al dar respuesta al Cuestionario sobre la ejecución de las decisiones de retorno de menores en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y las decisiones sobre derecho de visita enviadas a la CHDIPr. en 2006 describe los detalles que implica la ejecución de la decisión de retorno en España.

Así, la AC española explica que en la fase ejecutiva existe la posibilidad de que se acuerden dos resoluciones judiciales ordenando el retorno del menor: 1) Auto de ejecución provisional que ya se dijo se dicta una vez que se tiene el auto que ordena el retorno mientras se decide el recurso de apelación, y 2) El auto que resuelve la ejecución, el cual será innecesario cuando el auto sea comprensivo de los detalles logísticos del retorno: fecha[1527], lugar, forma, persona o institución a quien se debe entregar al menor, si a la entrega debe concurrir un representante del Consulado, un sicólogo o trabajador social o si se va a hacer en un punto de encuentro familiar, si el menor debe ser alejado del sustractor o regresará con él[1528].

El inicial responsable de organizar la devolución del menor a su Estado de residencia habitual es el Juez o Magistrado que resuelve el retorno; para ello, puede coordinar actuaciones y solicitar colaboración de las autoridades diplomáticas del Estado de origen[1529]. Lo que no exime

[1525] Ya se dijo que la Comisión Especial cree que sí porque la ejecución de la resolución es el retorno mismo perseguido convencionalmente.
[1526] JIMÉNEZ BLANCO, P., Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 96.
[1527] Advierte la AC española que lo ideal es que el tiempo de ejecución esté señalado en el auto que ordena el retorno, pero generalmente no se da tiempo de ejecución porque ese interregno ya lo tuvo el sustractor cuando fue requerido inicialmente para que devolviera al menor, lo que indica que los autos no tienen espera, deben ser ejecutados inmediatamente, todo para honrar uno de los objetivos convencionales primordiales.
[1528] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III. A.1)
[1529] *Ibídem,* (III. A. 3)

a la AC española de coordinar la entrega y garantizar el retorno en virtud del literal h) del artículo 7 del CH80.

Contra el auto de ejecución provisional puede interponerse una oposición ante la misma autoridad que dictó el auto dentro de los cinco días siguientes a su adopción, oposición que se resuelve por medio de auto el cual no es recurrible[1530].

Una vez que la decisión de retorno ha quedado firme se procederá, por medio de auto no recurrible, a su ejecución, auto que deberá ser solicitado por cualquiera de las partes, el Ministerio Fiscal, la AC o la misma autoridad judicial cuando conoce del incumplimiento de la resolución[1531].

En la ejecución misma actúa principalmente la autoridad judicial que la adopta, el Ministerio Fiscal, el secretario judicial del juzgado y si el Juez lo considera necesario podrá intervenir un sicólogo, trabajador social, o el punto de encuentro familiar con su personal especializado. Excepcionalmente, puede intervenir entidades y organismos públicos, intervención que procede cuando es menester proveer de alguna medida de protección al menor[1532].

Hay que detenerse en el supuesto en que la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del auto del juzgado de primera instancia que negó el retorno, ordene ahora el retorno, la ejecución de tal decisión le corresponde al juzgado de primera instancia[1533]. Tal decisión no está exenta de ser incumplida, porque no se encuentre ya en territorio español el menor, cuyo retorno se había negado en primera instancia.

En el marco del proceso de ejecución es posible la adopción de medidas cautelares tendentes a evitar que el menor sea escondido para defraudar así la ejecución, tales medidas son viables incluso desde el inicio del proceso para evitar un nuevo traslado o la exposición del menor a un peligro, pueden ser adoptadas a petición de la AC, del Ministerio Fiscal, del solicitante del retorno, del demandado o de oficio por la autoridad judicial[1534]. Ejemplos de esas medidas son:

[1530] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 4.

[1531] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* respuesta a la pregunta 4.

[1532] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III. B.I).

[1533] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III. B. 4. B).

[1534] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III.C.3).

notificación a la institución educativa a la que asiste el menor para informarle de la situación que se presenta respecto de él, y así prohibir la salida del menor de España, entre otras[1535].

De manera excepcional, se pueden imponer medidas sancionatorias en el orden civil y penal para el caso en que el sustractor se niegue a dar cumplimiento a la orden de retorno o la entorpezca de alguna manera; por ejemplo: la exigencia al demandado de una caución que garantice que no actuará indebidamente, informarle también de las consecuencias penales -incluso su eventual aprehensión- que le acarrearía contrariar la orden de retorno. La adopción de estas medidas se puede solicitar en cualquier día a cualquier hora, porque en España hay juzgados de guardia que posibilitan la adopción de tales medidas cuando sean necesarias.

Las costas son tasadas por el secretario judicial, quien toma en consideración las solicitudes y recaudos allegados por las partes en el juzgado de primera instancia. Las posibilidades son las siguientes: 1) Deben correr por cuenta del sustractor; 2) Deben ser sufragadas por la persona cuyas peticiones fueron declaradas sin lugar; 3) Se declaran de oficio lo que equivale a que cada parte sufraga sus gastos; 4) Si se otorgó asistencia jurídica gratuita a una de las partes para afrontar el procedimiento de restitución, tal asistencia se extiende para los gastos de la ejecución; 5) Si ninguna de las partes es beneficiaria de la asistencia judicial gratuita cada una debe ir soportando los gastos en los que incurra, y se deja a salvo la decisión del Juez sobre las costas[1536].

La repatriación misma debe ser financiada por el sustractor, pero su pago no es un requisito para que proceda[1537]. La AC española reitera, que el juzgado de primera instancia encargado de la ejecución de la orden de retorno el que debe adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectiva tal ejecución.

La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria establece el numeral 13 del artículo 778 ter de la LEC que consagra el nuevo procedimiento que se debe seguir ante estas solicitudes.

> 13. En la ejecución de la sentencia en la que se acuerde la restitución del menor o su retorno al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas.

[1535] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III. C. 5).
[1536] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III. D.).
[1537] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre la ejecución…, *Op. cit.,* descripción del Procedimiento de Ejecución (III. D.3)

> Si el progenitor que hubiera sido condenado a la restitución del menor o a su retorno se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata, pudiendo ayudarse de la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Aunque este artículo incorpora la posibilidad de utilizar la fuerza pública para ejecutar la orden de retorno la verdad es que poco detalla acerca de cómo va a ejecutarse de oficio -como corresponde- la orden de retorno. De acuerdo con la Guía de Buenas Prácticas, la orden de retorno debe contemplar todos los detalles logísticos y prácticos para asegurar el retorno del menor.

Una vez que de acuerdo con el artículo 1904 de la LEC puede ser que en su comparecencia el progenitor sustractor se oponga al retorno arguyendo una de las excepciones convencionales. En este caso, González sostiene que la argumentación debe ser concreta y fundamentada sólo en la letra convencional, si el Juez verifica que esa oposición al retorno no se ha hecho en debida y legal forma deberá permitir a la parte que se opone un lapso breve para subsanar esa deficiencia para que defina la causa de su oposición, todo en virtud, de los artículos 1904, 1907, 1908 y 1909 de la LEC.

3.1.10.2 Colombia

En la Corte Constitucional, a pesar de haber confirmado algunas decisiones de retorno se han *completado*[1538]en punto de las medidas adicionales que deben rodear la restitución, así ha ordenado, por ejemplo, la intervención psicosocial del ICBF para que prepare al menor de cara a la restitución para minimizar en el menor el impacto que va a significar ser separado de su sustractor y el reencuentro con su otro progenitor (si es el caso); la búsqueda coactiva del menor, de ser necesaria, en caso de ocultamiento para entorpecer el retorno ordenado; ordenar el traslado del menor a un hogar sustituto mientras se verifica la entrega y/o acompañamiento de la Defensoría

[1538] "Ciertamente, asuntos como el planteado por la Defensoría del Pueblo, deben ser resueltos, en principio, por el juez competente para definir la restitución. Sin embargo, en el presente caso la sentencia fue proferida sin hacer alusión alguna a tales cuestiones. La Juez Tercera se limitó a ordenar la entrega inmediata del niño, sin considerar que, dado el tiempo que el menor ha vivido con la familia paterna (2 años), sin tener contacto permanente con la madre y escuchando constantemente opiniones y comentarios desobligantes contra ésta, parecería razonable establecer condiciones mínimas para evitar que una separación abrupta o traumática pueda generar un perjuicio notable en cabeza del menor". COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

del Pueblo en el proceso de preparación y entrega[1539].

3.1.10.3 Venezuela

Una vez adoptada la decisión hay otro obstáculo legal, también por omisión: la ausencia de norma jurídica alguna que indique el procedimiento para ejecutar tal fallo. Al respecto, la misma Sentencia señala que la ejecución de la decisión le compete a las Salas de Juicio de los Tribunales de protección del niño y del adolescente, porque están especializadas y sensibilizadas con los temas que implican a los menores. En la ejecución se pueden hacer acompañar de cualquiera de los miembros del Sistema Rector Nacional para la protección de niños, niñas y adolescentes, del otro progenitor y de la fuerza pública de ser necesario.

La Sala Constitucional lo que hizo con esta sentencia, entre otras cosas, fue corregir o modificar la competencia para ejecutar decisiones judiciales, que en Venezuela le compete por mandato legal a los Juzgados de municipio, pero se ha explicado -casi excusado- la Sala cuando señala que tal modificación no pretende desconocer las normas jurídicas atributivas de competencia, sino afianzar aún más principios constitucionales y procesales en materia de niños, niñas y adolescentes, porque la ejecución que adelantan los Juzgados de municipio son eminentemente de decisiones pecuniarias; nada más alejado del "orden familiar y social, afectivo y emocional", que implica la restitución del menor cuando ha sido indebidamente retenido.

3.1.11 El CH80 después del R2201/2003; de la Ley 15/2015 y la Circular 6/2015

El Consejo de la Unión Europea con el propósito tanto de reafirmar la lucha contra el *forum shoping* como el de promover que la Unión Europea sea verdaderamente un espacio de libertad, seguridad y justicia[1540], emitió el Reglamento 2201/2003 (R2201/2003) que se aplica a las sustracciones de menores intracomunitarias. Hay que decirlo: a propósito de ese Reglamento el CH80 no fue el mismo en medio del espacio comunitario.

[1539] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412/00 de 10 de abril de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-412-00.htm#_ftnref7>.

[1540] ORDOÑEZ SOLIS, D. El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 119, 2003, pp. 447-483. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=496725>

Este R2201/2003 confirma que la competencia judicial internacional, en casos de sustracción internacional de menores, la tienen las autoridades del Estado en el que el menor tenía la residencia habitual antes del traslado o retención, pues de otro modo se podría propiciar una "dispersión jurisdiccional del pleito"[1541].

El R2201/2003 hace orbitar los fueros competenciales de la autoridad judicial alrededor del tan nombrado concepto de la residencia habitual, sobre el multidimensional interés superior del menor y el principio de proximidad. Todo, con el deliberado propósito de enfocar todos los recursos y acciones en pro del bienestar del menor, porque es el núcleo[1542] y no en el de los adultos involucrados[1543]. Sobre la residencia habitual es conveniente insistir en que se trata de una ubicación geográfica con la que el menor pueda tener, en términos objetivos y comprobables, una vinculación fáctica real, y no eventual, temporal o futura[1544].

Ahora bien, en relación con el interés superior del menor, ya se ha dicho que se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero su complejidad no acaba allí, antes hay que reconocer que el concepto, su contenido y aristas depende de cada menor en cuestión, incluso muta a través del tiempo en relación con el mismo menor[1545]. Resulta ser una noción más gaseosa y abstracta que concreta y absoluta, que amerita un análisis individualizado, en tanto y en cuanto no hay posibilidad de que haya identidad de circunstancias en dos casos[1546].

En punto del principio de proximidad se considera que son los tribunales del Estado de residencia habitual del menor quienes están en mejor posición, en todo sentido, para poder resolver las decisiones relacionadas con la responsabilidad parental, porque no cabe duda sobre que son los que mejor pueden conocer, en detalle, entorno que sirve de residencia habitual del menor, para poder ponderar todo lo que corresponde[1547]. De ahí, lo relevante de la determinación de cuál era la residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícitos; definición que está rodeada de

[1541] CARRIZO AGUADO, D. "Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del reglamento (ce) 2201/ 2003", Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 12, 2020, pp. 267-282. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5611>.
[1542] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the…, *Op. Cit.,* (s/p).
[1543] CARRIZO AGUADO, D. "Particularidades acerca de…, *Op. Cit.,* p. 274.
[1544] CARRIZO AGUADO, D. "Particularidades acerca de…, *Op. Cit.,* p. 275.
[1545] CARRIZO AGUADO, D. "Particularidades acerca de…, *Op. Cit.,* p. 280.
[1546] LORENTE MARTÍNEZ, I. "La integración europea…, *Op. Cit,* p. 201.
[1547] CARRIZO AGUADO, D. "Particularidades acerca de…, *Op. Cit.,* p. 278.

las particularidades de cada caso [1548] y como su contenido no se estableció convencionalmente, le corresponde a los jueces[1549] solventar esa omisión convencional. Por ejemplo, hay una concepción europea de la residencia habitual que la considera el sitio en el que el menor tiene el centro social de su vida[1550].

A propósito del R2201/2003 se ha blindado el retorno de los menores entre los Estados miembros de la UE: así lo dejan claro las disposiciones consagradas en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 11. Resulta, que al analizar estas prescripciones se da paso a un mecanismo que Carrizo Aguado denomina de *última palabra*. Este mecanismo permite que, ante una orden judicial de no restitución sobre la excepción convencional del artículo 13, sea remitida la decisión a la autoridad judicial del Estado en que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o la retención, para que pueda proferir una decisión sobre la custodia del menor, lo que abre la posibilidad de que la decisión la *última palabra* la tenga la autoridad judicial de la residencia habitual del menor[1551].

Otro de los aspectos merecedores de análisis que impuso el R2201/2003 es lo dispuesto en el artículo 36. Y es que le permite a dos o más Estados contratantes acordar la derogación de disposiciones convencionales si éstas entorpecen el retorno del menor, posibilidad que allana la aplicación de procedimientos más expeditos[1552]. Esa posibilidad es fascinante, en mi sentir, en la medida en que deja claro que el propósito convencional que coincida con el interés superior del menor siempre será preeminente. Todo lo demás, es secundario. Además, el mensaje sobre la necesidad de remozar y despojar al CH80 de algunas dilaciones que merman el objetivo del Convenio, es fuerte y claro.

Otra disposición del R2201/2003 que moviliza lo dispuesto por el CH80 es la del numeral 4 del artículo 11 cuando impide que un retorno se deniegue *so pretexto* de que el menor correrá un grave riesgo en el Estado de su residencia habitual si es retornado, si se establece que se adoptaron las medidas necesarias para asegurar la salvaguarda del menor. Esta disposición está en

[1548] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2019). "Sustracción internacional de…, *Op. cit.,* p. 674.
[1549] LORENTE MARTÍNEZ, I. "Competencia judicial internacional…, *Op. cit.,* p. 829.
[1550] LORENTE MARTÍNEZ, I. "Competencia judicial internacional…, *Op. cit.,* p. 829.
[1551] CONSEJO DE LA UNIÓN EUROEPA (2003). 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) no 1347/2000, CARRIZO AGUADO, D. "Particularidades acerca de…, *Op. Cit.,* p. 277.
[1552] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.,* (s/p).

correspondencia con uno de los valores del espacio comunitario: la confianza mutua. Y es que esta confianza mutua es la consecuencia natural de crear una red de cooperación judicial[1553]. Es decir ¿para qué crear un espacio comunitario, sino confío en el sistema judicial de otro Estado miembro? Es precisamente esa cooperación judicial la que sirve como uno de los factores que desaniman la sustracción internacional de menores[1554]. Y aún en tiempos de la COVID-19 la CHDIPr ha insistido en que la cooperación judicial y el intercambio entre autoridades contribuyen sensiblemente a impulsar la aplicación efectiva[1555].

Ya se acerca la derogación del R2201/2003, pues el 1° de agosto de 2022 entrará en vigencia el 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.

Por su parte la Circular /2015 de la Fiscalía sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de la Fiscalía es un gran aporte a la adecuada aplicación práctica, sobre todo en relación con la actuación de los Fiscales, quienes deben partir de la claridad que su actuación en el marco del artículo 773 ter la asistencia del Fiscal no es facultativa, antes es necesaria, en virtud de "los elementos de orden público concurrentes"[1556], de ahí la cardinal importancia de esta Circular, porque acaba con los criterios discrepantes[1557] que se tenían en cuanto a la actuación del Fiscal en el marco de los procesos de sustracción internacional de menores. Eso sí, hay que tener presente que la intervención es necesaria en el procedimiento civil solo en los casos en que el menor haya sido trasladado a España.

Y en ese orden, lo que le compete al Fiscal es velar por la salvaguarda del interés superior del menor, lo que en clave del CH80 se traduce en procurar, salvo contadas y fundamentadas

[1553] COMISIÓN EUROPEA (2011). LIBRO VERDE Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo - Libro Verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52011DC0327>.
[1554] GONZÁLEZ MARIMON, M. (2020). "La sustracción internacional de menores en tiempos de coronavirus: ¿una oportunidad para el progenitor sustractor?". Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 12 bis, pp. 646-665. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7435575>.
[1555] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the…, *Op. Cit.*, (s/p).
[1556] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.*, (s/p).
[1557] MARTÍN RÍOS, R. El Fiscal en el delito de sustracción de menores. MONGE FERNÁNDEZ, A. (Directora). La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar. J. M. BOSCH Editor. Madrid, 2019, pp. 245-263.

excepciones, el retorno del menor al Estado de su residencia habitual. Por eso, es que el Fiscal no puede garantizar el retorno, pues su deber consiste en articular una debida interpretación de la letra convencional para poder salvaguardar el interés superior del menor en cada caso[1558]. Y se insiste que es en cada caso, porque ese concepto no es una apreciación estandarizada ni en abstracto[1559], hasta el punto de que el interés superior del menor puede estar salvo en su no retorno. Como sucede cuando se han establecido malos tratos al menor prodigados por el solicitante del retorno[1560].

Sobre la base del último supuesto reseñado, hay que admitir la posibilidad –excepcional- de que el Fiscal pueda, oponer las excepciones convencionales al retorno; promover medios probatorios para establecer los supuestos de hecho de las excepciones al retorno; solicitar la adopción de medidas cautelares y apelar de la providencia judicial que ordene o deniegue el retorno del menor, todo –se insiste- sobre la base de que debe ser el garante del interés superior del menor[1561]. En punto de la posibilidad de promover la excepción al retorno, el Fiscal debe tener en cuenta que "la reclamación determinante para el cómputo del año es la que se realiza ante la autoridad del país en el que se encuentra el menor…"[1562].

La Circular también previene a los Fiscales sobre la posibilidad de que el progenitor sustractor influya de manera indebida en el menor sustraído o retenido para que al momento de declarar se refieran a una situación de peligro en el Estado de su residencia habitual, que puede no ser tal. También, hay que evitar que al menor se le coloque en una posición tal que sienta que debe elegir entre un progenitor u otro. En esos casos el Fiscal debe velar por se cumpla con lo pautado en la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

Además, debe actuar sobre la base del principio convencional de celeridad, en esa medida debe oponerse a cualquier estrategia procesal que pretendan causar demoras injustificadas[1563]. Este deber atiende a que una de las excepciones al retorno es la integración del menor a su nuevo entorno, y esas demoras procuradas estratégicamente no hacen otra cosa sino alimentar la causa del sustractor, lo que no siempre coincide con el interés superior del menor.

[1558] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.,* (s/p).
[1559] LORENTE MARTÍNEZ, I. "La integración europea…, *Op. Cit*, p. 201.
[1560] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.,* (s/p).
[1561] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.,* (s/p).
[1562] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.,* (s/p).
[1563] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.,* (s/p).

Otro deber que la Circular le impone a los señores Fiscales es el de impedir que prospere un procedimiento iniciado, de restitución cuando el menor ya ha cumplido 16 años[1564]. Imposición que se comprende de manera natural con solo recordar el ámbito etario de aplicación convencional[1565]. En esos casos, sería un desgaste inocuo del órgano judicial y la creación de falsas expectativas de obtención de una resolución que ordene el retorno, porque convencionalmente ya no hay nada que hacer.

Otra oposición que debe adelantar el Fiscal es la de promoción de pruebas tendentes a establecer cuestiones relacionadas con cuál de los progenitores debería ser el titular de la custodia, pues hay que recordar que el CH80 no atiende al fondo del asunto, sino a la restitución del *statu quo* del menor sustraído o retenido.

Pero, también hay que reconocer que el aporte de la Circular referida no se agota allí, pues hace un enérgico llamado de atención los Fiscales para que éstos -en cumplimiento de los deberes impuestos en la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, Sobre el Deber de Información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal- informen cabalmente a los interesados, tanto sobre la posibilidad jurídica de accionar en la vía civil y valerse de los mecanismos previstos en tratados y acuerdos internacionales para procurar el retorno del menor, muy a pesar de que se haya archivado el expediente penal, como de la posibilidad de acercarse a la AACC española en aras de solicitar el retorno de un menor, con residencia habitual en España, trasladado a otro Estado[1566].

Con el propósito de tutelar y asesorar integralmente a los involucrados en estos casos, la Fiscalía ofrece orientación desde la unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado y los puntos de contacto Fiscales de la Red Judicial Europea en materia civil. Por tanto, es conveniente reseñar que la unidad de Cooperación Internacional "Centraliza y coordina la labor del Ministerio Fiscal español en sus relaciones internacionales, institucionales y operativas"[1567]. Mientras que la Red Judicial Europea

---

[1564] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2019). "Sustracción internacional de menores. asunto vinculado con Suiza y España. comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, pp. 671-677. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4638>.

[1565] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.*, (s/p).

[1566] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado..., *Op. Cit.*, (s/p).

[1567] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Cooperación internacional (s/p). Disponible en: <https://www.Fiscal.es/-/cooperacion-internacional>.

> está compuesta por los llamados puntos de contacto y una Secretaría administrativa. Los puntos de contacto suelen ser en cada Estado las autoridades centrales responsables de la cooperación judicial internacional y otras autoridades judiciales y Fiscales con responsabilidades específicas en el marco de la cooperación internacional. Su rol es el de ejercer como intermediarios activos para facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros En España los puntos de contacto se encuentran en el Ministerio, el CGPJ y la Fiscalía, concretamente en la Secretaría Técnica, las Fiscalías Especiales, la Audiencia Nacional y la Fiscalía Provincial de Málaga[1568]

3.1.12 Las AACC y sus tareas pendientes

3.1.12.1 España

Aunque son mayoritarias las opiniones sobre la actuación proactiva de la AC española Gómez deja en evidencia algunas fisuras que subsanadas permitirían que su labor se optimice aún más. Tal es el caso de ciertos trámites e informaciones que se remiten a la AC correspondiente sólo a instancia de ésta[1569], lo que significa que España pierde valiosas oportunidades, traducidas en tiempo, si a motu proprio iniciara los trámites o recabara tales informaciones y las remitiera sin ser interpelada para ello.

Cuando la AC española es requirente, generalmente, espera a que la AC requerida le solicite la remisión de informes sociales sobre la situación de los niños que han sido trasladados a España, en no pocas ocasiones, la AC delega tal petición en el solicitante a quien le corresponderá la labor de acudir a los Servicios Sociales cuando la AC española los pudiera pedir por su cuenta desde el inicio del procedimiento, porque todo apunta a que durante el trámite de la solicitud los necesitará o le serán requeridos por la AC respectiva[1570].

Cuando España es Estado requerido no es frecuente que la AC española solicite al Abogado del Estado que pida al Juez la adopción de medidas tendientes a evitar mayores daños al menor, que impidan un nuevo traslado o faciliten el contacto del menor con el otro progenitor mientras dure el proceso, las que son perfectamente viables en el marco del ordenamiento jurídico español y llama la atención cómo no se solicitan, o cuando se hace quedan vacías de contenido por

[1568]FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Auxilio Judicial Internacional (s/p). Disponible en: <https://www.Fiscal.es/auxilio-judicial-internacional >.
[1569] GÓMEZ, BENGOECHEA., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, p. 132.
[1570] GÓMEZ BENGOECHEA, B., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, pp. 132 y 134.

extemporáneas[1571].

Sobre la labor de lograr el retorno voluntario del menor, en España, no existe posibilidad jurídica de que se logre por la mediación en sede administrativa, pero en algunos casos son los progenitores quienes llegan a un acuerdo y se lo notifican a la AC. Tal vez sea una tarea pendiente la que tiene España en punto de incorporar como posibilidad jurídica que en los casos de restitución pueda lograrse que en sede administrativa la AC pueda por sí misma o por intermedio del Ministerio de Asuntos Sociales o como el caso de Italia[1572] que ha suscrito Convenio con el Servicio Social Internacional[1573] para lograr la restitución voluntaria[1574] cuyos beneficios seguro nadie se atreve a dudar o despreciar de cara a la *normalización y pacificación* de las relaciones familiares y para proteger el bienestar del menor. Algunas comunidades autónomas cuentan en su haber legislativo con leyes específicas de mediación familiar, como por ejemplo la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón que en su artículo 5 enumera los conflictos susceptibles de mediación familiar entre los que se destacan:

> (…) a) Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados.
> b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.
> c) Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas
> d) Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja (…)

Incluso, el artículo 55 del R2201/2003 ordena que las AACC a petición de otra AC adelante todas las actuaciones necesarias para lograr acuerdos entre las partes por medio de la mediación u

[1571] GÓMEZ BENGOECHEA, B., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, p. 133.
[1572] PÍAS GARCÍA, E., El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores, en ZARRALUQUI, L., y otros, La sustracción interparental de menores, DYKINSON, Madrid, 2005, pp. 21-44.
[1573] Es una organización no gubernamental que organizada en una red de entidades nacionales ayuda a los niños y a las familias a sobrellevar y afrontar problemas derivados de la migración. Promueve especialmente el bienestar y la protección de los menores. En España la labor la adelanta desde la Cruz Roja Española. Disponible e: <http://www.iss-ssi.org/index.php>.
[1574] PÉREZ VERA, E., "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: cuarta reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22 a 28 de marzo de 2001)", Revista Española de Derecho Internacional, números 1, 2001, pp. 717 - 722.

otros medios para contribuir a la cooperación transfronteriza[1575]. Entonces, España cuenta ya con un andamiaje jurídico que potencia la mediación, todo está -sin ánimo reduccionista- en querer darle cabida en más espacios, y en el caso de la sustracción internacional permitirla en sede administrativa sin tener que esperar a echar mano de ella en sede judicial. Porque, la judicialización de estos casos, se quiera o no, vuelve tirantes las relaciones familiares, pues, aunque no se prodigue un tratamiento penal, hay una seria intervención estatal en la estructura familiar que por la mediación se podría evitar y llegar al mismo propósito: el retorno, ahora voluntario, del menor.

La legislación española sí hace imposible la mediación en materia de violencia de género[1576]; por tanto, entiendo que si una sustracción internacional de menores es conocida por los Juzgados de violencia sobre la mujer no podrá adelantarse siquiera en sede judicial tal mediación, en virtud del numeral 5 del artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial[1577].

Las estadísticas globales señalan que, cerca del cuarenta por ciento de las restituciones se logran mediante la conciliación, mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos[1578]. Si la mediación es una vía potencialmente eficaz para lograr el retorno voluntario de los menores cuando han sido trasladados a un Estado que no es parte del CH80 y con el cual España no ha suscrito convenio al respecto alguno[1579], pues el potencial que tiene en sede administrativa en el marco del CH80 en *manos* de la AC es inmenso y muy esperanzador.

Por ello, es propicio resaltar la sugerencia que se recoge en las Conclusiones y Recomendaciones del V Encuentro de Autoridades Centrales y puntos de contacto de IberRed sobre sustracción de menores donde se estableció que para el inmediato retorno del menor "puede

[1575] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a la pregunta 20.
[1576] MINISTERIO DE JUSTICIA. Respuestas al Cuestionario sobre el funcionamiento…, *Op. cit.*, respuesta a las preguntas 20 y 25.
[1577] Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666&tn=1&p=20151006&vd=#aochentaysieteter>.
[1578] GOICOECHEA, I., "El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", en PERDOMO, J. (Coordinador), *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2011, pp. 243-272, p. 267.
[1579] PÉREZ, M., "Sustracción internacional de menores", Revista Servicios Sociales y Política Social, núm. 50, 2000, pp. 125-130.

ser útil recurrir a los servicios o redes de mediación disponibles en los diferentes países"[1580].

Cuando España es Estado requerido y sobre la relación de la triada: solicitante, AC española y Abogado del Estado, Gómez sugiere que la AC española no le niegue al solicitante de retorno la comunicación con el Abogado del Estado porque así impide que el solicitante le suministre datos valiosos al Abogado del Estado además que le vulnera el derecho al solicitante de estar informado de primera mano y de manera inmediata sobre el estado de la causa[1581] en virtud del artículo CH80. Se puede entender un poco esa política de la AC española, en tanto, en términos estrictos el Abogado del Estado no está representando al solicitante del retorno sino a la AC, pero en todo caso hay que entender que entre esos tres actores hay una comunidad de intereses: lograr el retorno del menor. Así, nada obsta, en principio, para que el solicitante del retorno se comunique con el Abogado del Estado.

La AC española debería ser más acuciosa a la hora de verificar efectivamente que el menor cuyo retorno se ha ordenado judicialmente en España ha llegado realmente al Estado requirente, todo esto trata de la ejecución de la resolución de retorno sobre la que se presentan no pocos inconvenientes que se explicarán en su apartado. Pero, al respecto, Gómez acusa que es frecuente que, en los expedientes de algunos casos, donde España fue el Estado requerido, figure la orden judicial de retorno, pero ninguna otra constancia de que efectivamente el menor fue retornado[1582].

Sobre la traducción que implica las relaciones en el marco del CH80, la AC española debe recurrir frecuentemente al Servicio de Traducciones del Ministerio de Justicia, pero éste no cuenta con traductores de alemán, así si es inglés o francés ya ese trámite suma una demora al proceso en general y en el caso del alemán la demora es aún mayor, porque hay que recurrir a servicios extra ministeriales; por tanto, sería conveniente que el Ministerio de Justicia tuviera en *sus filas* traductores de este idioma[1583].

[1580] IBERRED. Conclusiones y recomendaciones del V Encuentro de Autoridades Centrales y puntos de contacto de IberRed sobre sustracción de menores, (NO TIENE NUMERACIÖN). Disponible en: <https://www.iberred.org/sites/default/files/sustraccion_de_menores_cartagena_indias_julio_2010.pdf>.

[1581] GÓMEZ, B., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, p. 136.

[1582] GÓMEZ, B., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, p. 137.

[1583] GÓMEZ, B., Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, DYKINSON, Madrid, 2003, p. 138-139.

3.1.12.2 Colombia

La labor que tiene pendiente Colombia en cabeza de su AACC es socializar entre la colectividad el tema de la sustracción. El tema resulta extraño, incluso para profesionales del Derecho. Esa desinformación, en mi sentir, hace apología del fenómeno, porque en la medida en que no se conozca los detalles de la sustracción o retención ilícitas, se puede, en un país tradicionalmente de emigrantes, promover la práctica.

El ICBF se ha esmerado en descentralizar funciones y capacitar a los Defensores de Familia al respecto, pero siempre habrá una deuda informacional con los ciudadanos, y a muy buena parte de los operarios del Poder Judicial.

3.1.12.3 Venezuela

Venezuela está sumida en una cruenta crisis humanitaria que ha vaciado de contenido la institucionalidad. Por tanto, la improvisación, desinformación y alta rotación de personal hace de las suyas cuando de brindar un medio de seguridad jurídica. A la fecha de redacción de este trabajo, por nota de prensa se estableció que la AACC delegó en una Oficina de Movilidad Humana, adscrita también el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores la competencia para recibir solicitudes de retorno. El caso es que, a propósito de la migración humana forzada más grande que ha conocido la región latinoamericana, se decidió hace pocos meses la apertura de esa Oficina. La que no solo conoce de estas solicitudes sino también de todos los casos que entraña la palabra movilidad. Pude entrevistarme con una Fiscal del Ministerio Público que dictó hace poco un taller relacionado con la Protección Integral de NNA y en el marco del encuentro se refería a extracción ilegal en lugar de sustracción o retención ilícitas; también se refería a repatriación en vez de retorno. Al preguntarle la razón de esa terminología me confeso que se trata de un tema, que en estos momentos de numerosa migración pasa por el tamiz de una ideología política que le da un tratamiento, también político, a estos casos.

3.2 Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed)

Antes de explicar de qué trata la IberRed es necesario comprender de mejor manera la dimensión de la cooperación jurídica internacional y para ello se reseñará lo que la Conferencia de

Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) detalla:

> es un mecanismo de colaboración entre Estados dirigido a facilitar el curso de un proceso judicial; su necesidad se origina en la limitación territorial de los poderes jurisdiccionales y se basa generalmente en tratados o acuerdos bilaterales o convenios multilaterales firmados entre dichos Estados. La cooperación jurídica internacional permite llevar a cabo actuaciones en el marco de un proceso judicial en un Estado distinto de aquél en el que se desarrolla el proceso. La importancia de la CJI deriva de que la efectividad de la justicia, en un escenario de intensificación de las relaciones entre las naciones y sus pueblos, demanda cada vez más un Estado proactivo y colaborativo. Las relaciones jurídicas ya no se dan dentro de un único Estado soberano, al contrario, es necesario cooperar y pedir la cooperación de otros Estados para satisfacer las demandas de justicia del individuo y de la sociedad ya sea en el ámbito civil, comercial, o en el contexto de investigaciones criminales[1584].

La IberRed fue creada en 2004 por la iniciativa de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB) y la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI). La IberRed es en sí misma tanto "un espacio común de cooperación jurídica internacional en la región iberoamericana"[1585] como una organización constituida por autoridades centrales "y puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales, e instituciones análogas, de los 22 países que componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones y por el Tribunal Supremo de Puerto Rico"[1586].

La cooperación jurídica internacional en temas como la sustracción internacional de menores es indispensable, pues se requiere de esfuerzos ingentes para que los anhelos de los solicitantes no se desvanezcan conforme se encuentran con las fronteras geográficas. Y es en ese afán que la cooperación jurídica internacional juega un rol determinante. En mi sentir, esa cooperación hace la diferencia entre poder lograr o no el objetivo convencional del CH80 en

[1584] CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS (COMJIB) (2021). Tratado de Medellín. Preguntas frecuentes. Disponible en: https://iberred.notariado.org/documents/35255/0/Preguntas+frecuentes+Tratado+de+Medell%C3%ADn+ES.pdf/6ca8b317-10db-eb42-e932-6f3c36176145?t=1624957026996

[1585] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f.). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Historia. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

[1586] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f.). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Historia. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

correspondencia, claro está y sin que parezca redundante, con el interés superior del menor.

Resulta que en la misma medida en que se cuenta con acuerdos internacionales suscritos entre varios Estados, se va *tejiendo* un espacio judicial multiestatal, en este caso: el Espacio Judicial Iberoamerincano, en el que la IberRed busca:

> a) Optimizar la cooperación jurídica en materia penal y civil entre los países iberoamericanos para:
> • Contribuir al buen desarrollo de los procedimientos que tengan una incidencia transfronteriza y a la agilización de solicitudes de cooperación jurídica.
> • Mejorar la aplicación efectiva y práctica de los convenios de cooperación en vigor entre Estados Iberoamericanos.
> b) Establecer y mantener actualizado un sistema de información sobre los diferentes sistemas legales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones[1587].

Entre logros más emblemáticos de la IberRed se cuenta el Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales más conocido como Tratado de Medellín que fue abierto a la firma el 24 de julio de 2019[1588]. El referido tratado también permite la adhesión de países que no sean miembros de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, lo que deriva en: a) Ampliación de la "red de cooperación jurídica internacional"[1589]; b) Aminoración de tiempo de resolución de solicitudes; y c) Reducción de los costos[1590].

[1587] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f.). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Presentación. Objetivos. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

[1588] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (2019). Noticias Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional. Disponible en: https://iberred.notariado.org/-/tratado-relativo-a-la-trasmisi-c3-b3n-electr-c3-b3nica-de-c2-a0-solicitudes-de-cooperaci-c3-b3n-jur-c3-addica-internacional-entre-c2-a0-autoridades-centrales-tratado-de-medell-c3-adn-

[1589] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f.). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Presentación. Historia. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

[1590] RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f.). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Presentación. Historia. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

Separata

La sustracción internacional de menores y el CH80 en medio de la pandemia por la COVID-19: un nuevo y desconcertante desafío

Los efectos que ha generado la pandemia han permeado todos los estamentos sociales, así como también todas las dimensiones de la sinergia social. Por ello, el Poder Judicial, el Derecho y las relaciones jurídicas no han quedado indemnes ante el desconcierto que trajo consigo la pandemia. La inédita realidad que impuso la pandemia ha resultado desafiante[1591] en todos los ámbitos. Es de amplio conocimiento que la pandemia se ha erigido como un gran reto que ha movilizado las más sólidas situaciones y realidades en el mundo entero. En punto del Derecho, del ejercicio profesional, de los procedimientos judiciales han sido innumerables las consecuencias: suspensión de plazos procesales, afectaciones en el despacho de los distintos miembros del Poder Judicial, limitaciones sensibles a los derechos y garantías de los ciudadanos[1592] se convirtieron en lo ordinario.

Por ello, los procesos de restitución también resultaron damnificados a propósito de la pandemia, con el agravante de que las suspensiones de plazos en el marco del proceso inciden directamente en la prolongación de la estancia del menor sustraído en su nuevo entorno[1593]. Eso, deriva, sin lugar a duda en la excepción de retorno, fundamentada en la integración del menor a su nuevo entorno, porque cada día que pase en el nuevo Estado al que fue trasladado o en el que fue retenido es un día más que gana el progenitor sustractor a su causa y, en consecuencia, lo pierde progenitor solicitante.

Si la decisión judicialmente proferida es el retorno del menor a su Estado de residencia habitual, eso implica que el menor deba ir de un Estado a otro, lo que comporta el paso fronterizo[1594]. Desde que la pandemia empezó a apoderarse de la cotidianidad mundial las fronteras entre los países se han cerrado como nunca antes, por la amenaza sanitaria tiene como vector ideal

---

[1591] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in times of COVID-19., s/n, 2020. Disponible en: < https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

[1592] GARAT, M., RISSO FERRAND, M., RAMOS CABANELLAS, B., VALENTÍN, G., SLINGER, L., COSTA, L., HERDT, C., GAMARRA, D., & GUERRA, W. (2020). "El Derecho frente a la pandemia por COVID-19". *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho*, núm. 21, pp. 1-24. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932020000100001>.

[1593] GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2020). "La sustracción internacional…, *Op. cit.*, p. 648.

[1594] GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2020). "La sustracción internacional…, *Op. cit.*, p. 649.

la movilidad humana. Es precisamente, el cierre de fronteras uno de los escollos para ejecutar la orden de retorno. Y a eso se le puede sumar la suspensión de la prestación de varios servicios públicos lo que puede encarnar peligros para el menor en el proceso de ejecución de la orden de retorno[1595].

Ahora bien, la excepción al retorno fundamentada en el riesgo que puede significar el retorno al Estado de residencia habitual, porque se le expone a un peligro grave, ya físico, ya psicológico, ha tomado otro talante, porque la pandemia implica un riesgo inminente de contagio, y hay países que cuentan con mejores recursos que otros para hacer frente a la emergencia sanitaria; por eso, se teme porque ahora esa sea la bandera que algunos izarán para conjurar el retorno convencionalmente procedente. Además, hay que sumar al análisis las huellas psicológicas que puede generar en el menor el hecho del confinamiento, de que el traslado de un país a otro en medio de la pandemia le cause ansiedad[1596].

Ya se cuentan con decisiones judiciales que ordenan el retorno del menor a su Estado de residencia habitual en medio de la pandemia. Entre otros argumentos, el Juez explica que no hay modo de predecir si la menor tiene más riesgo de contraer el virus en España que en Inglaterra, y, por tanto, ordenó que regresara a España país en el que tenía su residencia habitual[1597].

Aunque González Marimón anticipa la posibilidad de que una retención sea generada por el cierre de fronteras[1598]. Esa posibilidad es cierta y sin duda se ha generado, pero, en mi sentir, habrá que descartar su carácter ilícito porque la intención no era la retención, sino que ésta se generó dejando varado al menor, por una pandemia que a todos nos tomó por sorpresa. Y la autora sugiere que los progenitores hagan un nuevo acuerdo, de tal manera que se evite un proceso –innecesario- de restitución, aduciendo una retención indebida. Por tanto, el riesgo de que la menor de 12 años contrajera el virus en España no encuentra subsunción en lo descrito convencionalmente en el literal b del artículo 13. Así mismo, lo establece un tribunal alemán al ordenar el retorno inmediato del menor a Armenia, porque el riesgo de peligro argumentado porque no se cuenta con

[1595] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the…, *Op. Cit.*, (s/p).
[1596] GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2020). "La sustracción internacional…, *Op. cit.*, p. 649.
[1597] INCADAT (2020). Buscador de Jurisprudencia. Caso: KR v HH [2020] EWHC 834 (Fam). Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1460>.
[1598] GONZÁLEZ MARIMÓN, M. (2020). "La sustracción internacional…, *Op. cit.*, p. 649.

un vuelo directo de Alemania a Armenia en medio de la pandemia no es suficiente para denegar el retorno[1599]. Por su parte, un tribunal irlandés desestimó el argumento del padre sustractor de que sus menores hijos no deseaban utilizar máscaras faciales, y su retorno a Francia le sometería a un *riesgo* de esa naturaleza, muy a pesar del dictamen médico que allegó en el que consta que ambos menores sufren de claustrofobia y ansiedad. La respuesta judicial fue enérgica: los menores debían ser retornados a Francia, país en el que tenían la residencia habitual antes del traslado y posterior retención[1600].

Otro caso que ordena el retorno de los menores sustraídos es el que decidió un tribunal de apelaciones alemán. Instancia que desestimó la excusa de la madre, quien no se negaba a ejecutar la orden de retorno, por el riesgo que significaba para sus hijos regresar a Estados Unidos en un contexto pandémico. La excusa fue desatendida y el retorno fue ordenado nuevamente, ahora, en segunda instancia[1601].

Por su parte y a propósito de la pandemia la CHDIPr[1602] se dio a la tarea de ofrecer un documento llamado Kit de herramientas para el Convenio sobre la sustracción de menores de 1980 en tiempos de COVID-19. Entre otras recomendaciones para lograr lo que hermosamente denomina *"resilient access to justice in Convention cases"*[1603], sugiere:

1º. La mediación, incluso en línea para resolver los problemas que representan estos casos.
2º. El uso efectivo de las tecnologías para lograr que avancen los procesos: audiencias virtuales, multimodales, se obtengan las certificaciones electrónicas de los documentos requeridos y las pruebas electrónicas respectivas.

El kit también enumera una serie de medidas con el ánimo de mitigar los efectos de la pandemia y sus estragos en el retorno seguro del menor al Estado en el que tenía su residencia

[1599] INCADAT (2020). Buscador de Jurisprudencia. Caso: AG Hamm - 32 F 14/20 - 23 April 2020. Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1472?summlanguage=en#summary-part>.
[1600] INCADAT (2020). Buscador de Jurisprudencia. Caso: CT v PS [2021] IEHC 168 [2020 No. 22 HLC]. Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1510>.
[1601] INCADAT (2020). Buscador de Jurisprudencia. Caso: OLG Karlsruhe 2 UF 200 19 - 25 June 2020. Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1470>.
[1602] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the…, *Op. Cit.,* (s/p).
[1603] CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the…, *Op. Cit.,* (s/p).

habitual, entre las que señala:

1º. Adoptar medidas que allanen el retorno seguro, que procure un retorno puerta a puerta. Medidas tales como: inclusión de los niños en las listas de pasajeros prioritarios en los vuelos; adquisición de un seguro de salud para el evento de contagio por COVID-19; instalaciones de autoaislamiento al llegar al Estado de destino.
2º. Tomar en consideración la ansiedad que puedan experimentar tanto los progenitores como los menores con ocasión de un viaje – en medio de la pandemia- que permita ejecutar la orden de retorno.

Hay que aplaudir la proactividad de la CHDIPr al ofrecer este catálogo para orientar a quienes tienen la responsabilidad de darle vida y efectividad al CH80. Esa sola labor es ya retador, ahora en medio de una pandemia, contexto en el que no hay nada escrito, ese reto es superlativo. Hay que desear siempre el mejor de los resultados, pero también saber que ellos dependen de la voluntad férrea, conocimiento claro y profundo del CH80 para poder enarbolar siempre la bandera de la defensa inquebrantable del menor y su interés superior.

Conclusiones

Primera

La causa de incapacidad más estandarizada en los ordenamientos jurídicos es la minoría de edad. En esta etapa de la vida el ser humano es tan indefenso que requiere de protección especial. De ahí, que se haya considerado, en principio, que sus progenitores sean sus protectores naturales y se les haya reconocido a los menores derechos que propenden a su desarrollo integral, sano y seguro.

La minoría de edad, como causa de incapacidad, atiende a la necesidad de protección que tienen los seres humanos mientras no puedan valerse por sí mismos, dada la falta de desarrollo físico y mental que la corta edad impone. Es así que, los países, cuyos ordenamientos jurídicos se analizaron en esta investigación, adjudican a los progenitores especial autoridad sobre sus hijos, de cara a su tutela y protección especial.

Las normas jurídicas que conforman el Derecho de la infancia y la adolescencia son especialmente tuitivas, porque se ha determinado que el ser humano es vulnerable mientras sea menor de edad. Entre los derechos que asisten a los menores de edad se cuenta el derecho a formarse en el seno de una familia y a mantener relaciones con ambos progenitores. Esos anhelos naturales se han erigido como derechos debidamente estatuidos por la conveniencia que significa formarse en un marco sano de contención familiar.

De ahí que la familia sea el espacio que permite al ser humano formarse en valores y capacidades para luego desempeñarse socialmente a cabalidad. Asimismo, la posibilidad de relacionarse, cotidianamente, con ambos progenitores es la oportunidad de consolidar los lazos entre padres e hijos. Además, el contacto personal y frecuente contribuye a determinar las necesidades del hijo y, además, de poderlas atender debidamente.

Segunda

Los derechos que asisten a los hijos menores pueden resultar lesionados a propósito de una crisis en la relación afectiva entre sus progenitores, relación que puede ser o no matrimonial y que puede estar enmarcada en la internacionalización de las relaciones familiares.

Los hijos menores de una relación matrimonial o no merecen vivir bien en medio de la familia en la que fueron gestados. La paternidad y la maternidad están llamadas, legal y naturalmente, a proteger a la prole. Sin embargo, los matrimonios y las uniones no matrimoniales pueden sufrir crisis, hasta el punto de que la relación de pareja se disuelva.

La internacionalización de las relaciones familiares facilita la conformación de parejas matrimoniales o no matrimoniales de personas de distinta nacionalidad. En estos casos, la ruptura trae consigo la alta posibilidad de que cada uno regrese a su país natal. Del mismo modo, el legislador ofrece opciones para salvaguardar el derecho de los menores y permitirles mantenerse indemnes de daños colaterales. Una de esas opciones consiste en atribuirle a uno de los progenitores la custodia y al otro progenitor el derecho de visita. Pero, la distancia física entre los progenitores genera una seria tensión, sobre todo de cara a ejercer plenamente el derecho de visita.

La distancia referida puede imponer obstáculos económicos para que un progenitor concrete un contacto personal con su o sus hijos menores y exacerbar así la tensión hasta el punto de que un progenitor pretenda abusar del derecho de visita, con la sustracción o retención ilícita del menor. De ahí que la sustracción internacional de menores se muestre cada vez más frecuente en el concierto internacional.

Tercera

La sustracción internacional de menores es un flagelo, cada vez más creciente, que arruina relaciones familiares, vulnera el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, los desarraiga de su residencia habitual y atenta contra su estabilidad. En ese sentido, los elementos constitutivos de la sustracción de acuerdo con la doctrina son: personal, de ilicitud e internacional.

La sustracción internacional de menores se vale de vías de hecho para crear forzosa, unilateral y antojosamente vínculos de competencia. Pues el sustractor alberga una esperanza en que con el traslado o retención ilícitos convertirá en competentes a los órganos estatales de su país natal, con el anhelo de que reine un *nacionalismo judicial* sobre la base de la diferencia entre los distintos ordenamientos jurídicos. Todo, para lograr su cometido por medio de providencias judiciales que homologuen sus intenciones y se pronuncien sobre el fondo de la cuestión.

La mayoría de las sustracciones internacionales de menores se concretan en medio de una crisis entre los progenitores, quienes de nacionalidad distinta pueden estar o no casados. Eso demuestra que, no pocas veces, los menores son cosificados y utilizados para la *vendetta*. La sustracción internacional de menores causa estragos en la persona del menor, porque lo desarraiga intempestivamente de su residencia habitual; es decir, lo aparta, lo distancia de la situación geográfica en la que se desarrollan sus vínculos, apegos y afectos.

En lo que respecta a los elementos constitutivos de la sustracción hay que precisar que el sustrato personal está constituido tanto por el sustractor (agente) como por el menor sustraído y el resto de su familia (víctimas) entre quienes hay un antagonismo tanto conductual como de intereses y derechos. Por su parte, la vulneración al derecho de custodia configura la ilicitud como elemento también constitutivo y puede surgir por razones objetivas como es la transgresión o inobservancia de una providencia judicial y subjetivas por contraviene el querer del titular del derecho de custodia. Y el carácter internacional de la sustracción lo marca la existencia de dos jurisdicciones involucradas: la del Estado de residencia del menor y la del Estado al que fue trasladado o en el que es retenido ilícitamente.

Cuarta

Entre los distintos instrumentos que regulan la sustracción internacional de menores se cuenta el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980 (CH80) que tiene como objetivo el retorno del menor; sin embargo, por entender que su reintegración al medio de residencia habitual enaltece su interés, también ha contemplado algunas excepciones al retorno cuando se corroboren los presupuestos descritos convencionalmente.

El CH80 pretende, a las primeras de cambio, que se retorne al menor al Estado de su residencia habitual antes de que se haya configurado la retención o traslado ilícitos. Es un objetivo que apunta a restablecer al menor al medio en el que tenía vínculos de hecho y de derecho que le brindaban estabilidad por ser éste un elemento vital en el desarrollo del menor; por ello, se entiende que el Convenio protege el interés superior del menor y, consecuencialmente, su *statu quo*.

Sin embargo, y ante ciertas circunstancias el CH80 consagra, en sus artículos 12 y 13, contadas excepciones al retorno, por la misma convicción: que el arraigo abona a la estabilidad. Entre las excepciones convencionales al retorno se encuentran: (a) el transcurso de un año contado a partir del momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos; (b) que el titular del derecho de custodia no lo ejercía efectivamente para el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y (c) que el retorno del menor suponga para él un grave riesgo bien físico, bien psíquico o de cualquier otra índole.

Quinta

La residencia habitual es un concepto maleable que no unánime, por lo que atiende y depende de las diversas concepciones que adopten las autoridades de cada Estado parte. De ahí que el concepto pueda depender de variables tales como: edad del menor, acciones e intenciones de los progenitores y particularidades de la estancia. Factores todos que deben ser ponderados, por la autoridad competente en cada caso y siempre con el interés superior del menor como eje.

La flexibilidad interpretativa ha generado abundantes dificultades, porque hace al concepto de residencia habitual uno indeterminado. Al respecto, la Base de Datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT) ofrece un compendio de sentencias que han sentado doctrina y de ahí se han precisado, en principio, tres enfoques: el centrado en el menor, el centrado tanto en el menor como en la intención de los progenitores y el centrado en la sola intención de los progenitores.

El concepto es tan denso y su irradiación sobre la eventual orden de retorno es tal que se debe reconocer que no basta sólo con considerar el tiempo como factor determinante, pues se han presentado casos en los que el tiempo de permanencia en un sitio ha sido corto, pero la intención de permanecer en él es definitiva; es decir, es apenas el inicio de una etapa de estabilidad con vocación de permanencia. Por otro lado, se puede estar ante el presupuesto en que el menor ha permanecido un tiempo considerable en una situación geográfica, pero a propósito del derecho de visita que ha ejercido el progenitor que lo tiene consigo, o porque lo ha retenido indebidamente. Además, se han tratado judicialmente casos en lo que la estancia tanto del menor como de su progenitora ha atendido a presiones físicas y psicológicas que distan mucho de un acto volitivo propio.

De allí que el análisis que se debe hacer para determinar la residencia habitual no siempre tiene como eje el tiempo. Máxime que se presentan casos de sustracción de bebés quienes, por su corta edad, hacen que el factor tiempo no se relacione directamente con ellos y su permanencia física en un sitio, sino con las personas de las que dependen.

Sexta

El CH80 es un convenio caracterizado por ser (a) self-executing, (b) law in action, (c) impone pautas de competencia judicial internacional y (d) demanda especialización judicial para la interpretación.

El CH80 se ha redactado con tal neutralidad y términos precisos que facilitan su aplicación ya en sede judicial ya en sede administrativa sin tener que incorporarlo como ley al ordenamiento jurídico de cada Estado. Del mismo modo el CH80 es un convenio *law in action*, pues *per se* es instrumento para lograr el propósito convencional y permite su revisión constante, labor que desempeñan las Comisiones especiales que evalúan la puesta en práctica para detectar eventuales problemas que atenten, por ejemplo, contra la unificación de criterios y la interpretación de las cláusulas convencionales.

Si bien es cierto que el CH80 no cuenta con disposiciones que expresamente atribuyan competencia, al establecer la ilicitud del traslado, conjurar las vías de hecho para lograr el *forum shopping* y señalar que la residencia habitual del menor está en el Estado de origen, sí atribuye competencia para conocer del fondo del asunto a los tribunales de ese país.

Los jueces deben estar formados, especializados y familiarizados tanto con los términos como con la teleología convencional, porque sólo así se podrá seguir sumando a la consecución de los objetivos convencionales; de lo contrario, se podrá aumentar el riesgo de desnaturalizar al CH80 hasta el punto de convertirlo en un convenio de cooperación judicial o de *exequátur*; de ahí que sea recomendable que un grupo de jueces, tribunales o altas cortes sean a quienes se reserve en un Estado la competencia para conocer de las causas enmarcadas en los supuestos de hecho convencionales.

Séptima

El derecho de visita no cuenta en el CH80 con la regulación y detalle, porque no lo organiza.

Un derecho de visita plenamente ejercido evita considerar una sustracción para garantizarse el contacto. El temor de no ver más o no ver suficientemente al menor puede motivar una sustracción, lo que está lejos de ser justificado, pero es necesario considerarlo como un factor promotor de tal actitud. Sin embargo, el texto del CH80 no ofrece suficiente protección al derecho de visita, muy a pesar de la redacción del artículo 4 en el que se refiere al derecho de visita en el mismo nivel que el derecho de custodia.

Esa *asimetría convencional* en el trato de los derechos referidos desconoce que el derecho de visita es el complemento del derecho de custodia y que ambos conjugados suman al derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores. Además, esa asimetría atenta contra una de las medidas que conjuran la sustracción, retención o traslado ilícitos en los términos convencionales: un derecho de visita debidamente atribuido y convencionalmente garantizado.

Debido a lo descrito hay un compás muy abierto para que las interpretaciones disímiles hagan de la suyas respecto del derecho de visita, hasta el punto de que varias AACC consideren que no están obligadas a incoar un procedimiento de cara a regular el derecho de visita, pero si deciden hacerlo, el CH80 guarda silencio al respecto. De ahí, la fundamental importancia de la legislación nacional para subsanar esa *deficiencia convencional*.

Octava

España, Colombia y Venezuela: hacen parte de la IbeRed, pero han aplicado el CH80 de maneras muy distintas.

A pesar de que España, Colombia y Venezuela hacen parte de la IberRed existe una gran brecha en el modo en que aplican el CH80. España ha relucido y escalado en la aplicación convencional, pues pasó de: (a) ser un Estado en el que en 1989 la Comisión Especial sobre Funcionamiento del Convenio de La Haya le llamó la atención y le instó a adoptar medidas legales y administrativas para honrar las obligaciones que el CH80 le imponía; (b) ser condenado por el Tribunal Europeo en el caso Iglesias Gil y A.U.O.; (c) permitir demoras injustificables en los procesos de restitución a ser reconocida por la adecuada aplicación convencional, hasta el punto de que la presidencia de las reuniones de 1993 y 1997, y la vicepresidencia de 2011 de la Comisión Especial fue ostentada por la delegada española. Todo apunta que España se ha esforzado por hacer los cambios legislativos necesarios para que la legislación nacional permita la adecuada y expedita aplicación del CH80 y por tanto, honra los propósitos convencionales.

Colombia, aunque detrás de España, aventaja a Venezuela

Novena

El CH80, las órdenes de retorno y la pandemia por la COVID-19 resultaron en una ecuación nunca vista, pues la pandemia puso en jaque todos los ámbitos de la existencia humana.

En punto de los procedimientos judiciales fueron innumerables las consecuencias: suspensión de plazos procesales, afectaciones en el despacho de los distintos miembros del Poder Judicial, limitaciones sensibles a los derechos y garantías de los ciudadanos se convirtieron en lo ordinario.

Por ello, los procesos de restitución también resultaron damnificados a propósito de la pandemia, con el agravante de que las suspensiones de plazos en el marco del proceso inciden directamente en la prolongación de la estancia del menor sustraído en su nuevo entorno. Eso, derivaba, sin lugar a duda, en la excepción de retorno, fundamentada en la integración del menor a su nuevo entorno, porque cada día que pase en el nuevo Estado al que fue trasladado o en el que fue retenido es un día más que gana el progenitor sustractor a su causa y, en consecuencia, lo pierde progenitor solicitante.

Si la decisión judicialmente proferida es el retorno del menor a su Estado de residencia habitual, eso implica que el menor deba ir de un Estado a otro, lo que comporta el paso fronterizo. Desde que la pandemia empezó a apoderarse de la cotidianidad mundial las fronteras entre los países se cerraron como nunca, por la amenaza sanitaria que tenía como vector ideal la movilidad humana. Es precisamente, el cierre de fronteras uno de los escollos para ejecutar la orden de retorno. Y a eso se le debía sumar la suspensión de la prestación de varios servicios públicos lo que podía encarnar peligros para el menor en el proceso de ejecución de la orden de retorno.

Ahora bien, la excepción al retorno, fundamentada en el riesgo que puede significar el retorno al Estado de residencia habitual, porque se le expone a un peligro grave, ya físico, ya psicológico, tomó otro talante, porque la pandemia implicaba un riesgo inminente de contagio, y había países que contaban con mejores recursos que otros para hacer frente a la emergencia sanitaria; por eso, se temió, porque esa fuera la bandera que algunos izarían para conjurar el retorno convencionalmente procedente. Además, hubo que sumar al análisis las huellas psicológicas del confinamiento en el menor quien debía afrontar un traslado de un país a otro en medio de la pandemia.

Referencias

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia

Decreto 4436 de 2005.

La Ley 962 de 2005 que complementa el Estatuto Antitrámites y reglamentada por el

Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de Infancia y de la Adolescencia.

Ley 1181 de 2007, por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código penal)

Leyes españolas

Código civil.

Constitución Española

Ley 13/2005, de 1° de julio, por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la cual se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos

Leyes venezolanas

Código civil

Código de Procedimiento Civil

Ley orgánica para la protección de niños, adolescentes

Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes

Jurisprudencia

Colombia

Corte constitucional. Sentencia C-577/11 de 26 de julio de 2011. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

España

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 24 de octubre de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 26 de octubre de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 29 de abril de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 4 de noviembre de 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de fecha 17 de febrero de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo del 23 de marzo de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 2 de marzo de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil de fecha 29 de abril de 2013.

Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 23 de marzo de 2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de marzo de 2015.

Venezuela

Sentencia de Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui de fecha 27 de septiembre de 2004.

Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira de fecha 23 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida de fecha 21 de mayo de 2009.

Sentencia del Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas de fecha 23 de febrero de 2010.

Sentencia de la Sala de Juicio. Juez Unipersonal Nro. 1 del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional de fecha 25 de marzo de 2010.

Sentencia de la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional de fecha 11 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes Circunscripción Judicial del Estado Zulia Sala de Juicio - Juez Unipersonal No. 4 de fecha 7 de julio de 2010.

Sentencia del Juzgado Superior del Circuito Protección de Niños, Niñas y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Lara de fecha 29 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal de Juicio de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui de fecha 17 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta de fecha de 1 julio de 2011.

Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo de fecha 6 de julio de 2011.

Sentencia del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional de fecha 20 de febrero de 2013.

Sentencia del Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy de fecha 3 de abril de 2013

Sentencia del Tribunal Segundo de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 21 de enero de 2014.

Sentencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia Sala de Juicio - Juez Unipersonal número 1 de fecha 3 de abril de 2014.

Sentencia del Juzgado del Municipio García (sic) de Hevia de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira de fecha 25 de abril de 2014.

Sentencia 443 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de mayo de 2014. Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Sentencia 693 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de junio de 2015. Magistrada ponente: Carmen Zuleta de Merchán.

Normas europeas

UNIÓN EUROPEA (2019). Consejo de la Unión 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. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81122>.

Libros, revistas, boletines y convenciones:

AGUILAR CUENCA, J. “El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental”, Revista de Derecho de Familia (Valladolid), núm. 29, 2005.

AGUILAR GORRONDONA, J., Derecho civil I: personas, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.

ALBA PINILLA, J. “Buen trato: vínculos para el fortalecimiento del tejido social”, en CHÁVEZ

ASENCIO, M., GARCÍA MÉNDEZ, E., y otros, Conflictos familiares, su prevención y tratamiento, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

ALBADALEJO GARCÍA, M., Derecho Civil I. Introducción y parte general, EDISOFER s.l., Madrid, 2006.

ALBALADEJO GARCÍA, M., Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, EDISOFER S.L., Madrid, 2008.

ALONSO CARBAJAL, A., "La responsabilidad patrimonial de la Administración en los secuestros interparentales de menores.", Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, España, núm. 13, 2001.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Derechos de visita y convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: la práctica española", Dereito, núm. 2, 2005.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. "Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, 2019, pp. 671-677. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4638>.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen y QUINZÁ REDONDO, Pablo, "Sustracción internacional de menores y convenio de la haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, núm. 2, pp. 795-801, 2018. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4401>.

BALLESTEROS BARRIOS, Á., "Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina Bosphorus sobre protección equivalente", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, pp. 31-46, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6676>.

BLANCO RODRÍGUEZ, J., y SANTACRUZ LÓPEZ, R., "Sustracción interparental de menores: una forma de violación de los derechos de los niños, niñas y Adolescentes", Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales (Bogotá), núm. 5, 2012.

BUIS, E. "Matrimonios en crisis y respuestas legales: el divorcio unilateral o de común acuerdo en el derecho ateniense", Faventia 25/1, Barcelona, Universitat Autónoma de Barcelona, 2003.

CAAMIÑA DOMINGUEZ, C., "El foro del art. 10 del reglamento 2201/2003: stjue 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS Y MCP", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, pp. 639-648, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6281>.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., "La mediación ante el secuestro internacional de menores", *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (España), núm. 1, 2011.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de menores", p. 413, en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Directores) Derecho

Internacional Privado Volumen II, Editorial Comares, Granada, 2011.

CALZADO LLAMAS, A., "Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores: análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español", en Cuadernos de Derecho trasnacional, vol. 13, núm. 1, pp. 97-109, 2021. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5953>.

CARBONELL, O., POSADA, G., PLATA, S. Y MÉNDEZ, S. "Las relaciones vinculares: un contexto para potenciar el Derecho al Bienestar de niños y niñas", Derechos humanos y psicología, Cuadernos de Psicología, Bogotá, núm. 1, 2005.

CARRIZO AGUADO, David. "Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del reglamento (ce) 2201/ 2003", Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 12, 2020, pp. 267-282. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5611>

CELIS AGUILAR, M. "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia", en Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 13, pp. 209-249, 2020. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/issue/view/434>.

CHÁVEZ ASENCIO, M., "Conflictos familiares. Mecanismos alternativos de solución de conflictos", en CHÁVEZ ASENCIO, M., GARCÍA MÉNDEZ, E., y otros, Conflictos familiares, su prevención y tratamiento, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código civil. <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr004.html#154>

CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS (COMJIB) (2021). Tratado de Medellín. Preguntas frecuentes. Disponible en: https://iberred.notariado.org/documents/35255/0/Preguntas+frecuentes+Tratado+de+Medell%C3%ADn+ES.pdf/6ca8b317-10db-eb42-e932-6f3c36176145?t=1624957026996

COLL TELLECHEA, M. "Aspectos psicológicos del secuestro interparental", en Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2004.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2013). Observación N°12.

COM COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2013). Observación N°13.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2013). Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

COMIITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS DE LAS NACIONES UNIDAS (2013). Observación N°17.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980. Guía de Buenas Prácticas. Parte VI. Art. 13(1)(b). 2021. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in times of COVID-19., s/n, 2020. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

CORDERO ÁLVAREZ, C., Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, 2021, pp. 134-152. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5955>

CORREDOR ESPITIA, J., Conflictos en el Derecho de familia y su vivencia en la práctica judicial, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá, 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-914/09 de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de 9 de diciembre de 2009. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla Disponible en. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-914-09.htm >

CUERVO, E. y ALFAGEME, S., ¿Me caso o convivo?, Editorial Del Vecchi, S.A., Barcelona, 2007.

DE NAVASCUÉS, C. "Historia de las víctimas y problemas que surgen tras la recuperación de los menores", en I Congreso jurídico internacional sobre traslado ilícito de menores, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2001.

DEL VAL, A. "El futuro de la familia: la familia", Iglesia viva: revista de pensamiento cristiano. (España), núm. 217, 2004.

DIAGO DIAGO, M., "El Derecho de los hijos a mantener relaciones personales con ambos progenitores. A propósito de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y su extensión a la sustracción de menores", p.206, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 4, 2003.

DIAGO DIAGO, M., "Secuestro internacional de menores", Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, núm. 7, 2001.

DIAGO DIAGO, P., "La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos", en CALVO CARAVACA, A. e IRIARTE ÁNGEL, J., Mundialización y familia, COLEX, Madrid, 2001.

DÍEZ MORENO, F. La Libertad de circulación de personas físicas y trabajadoras. Manual de

Derecho de La Unión Europea, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. Manual de Derecho de familia, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008.

DURÁN AYAGO, A., "En la restitución de una menor trasladada a un tercer Estado no se aplican las normas europeas de competencia judicial internacional. A propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, PPU, SS Y MCP", en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 14, núm. 1, pp. 727-735. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6710>.

ECHEZARRETA FERRER, M., "La Infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos clave para el debate (I)", Revista de Derecho de Familia, núm. 8, 2000.

ESPINOSA CALABUIG, R., Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007.

ESPINOSA CALABUIG, R., "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", en Freedom, Security & Justice: european legal estudies. Rivista quatrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertâ, sicurezza e guistizia, Italia, núm. 3, 2019, pp. 36-57. Disponible en: < http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf >

ESPUGLES MOTA, C. (2021). "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso de los MASC". Cuadernos de Derecho Trasnacional, vol. 13, núm. 2, pp. 132-173. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6253>.

FERRER ORTÍZ, J., "Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: la evolución de la legislación española", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., FERRER ORTIZ, J. y otros, El Derecho de familia: presente y futuro, LithoArte, C.A., San Cristóbal, 2013.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circulares. Documento analizado. Circular 6/2015 (s/p). Disponible en: https://www.Fiscal.es/search?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_mvcPath=%2Fview_content.jsp&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_redirect=%2Fsearch%3Fq%3DCircular%2B6%252F2015%2B%2528s%252Fp%2529.%2BDisponible%2Ben%26category%3D170503%26category%3D36785&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_assetEntryId=117652&_com_liferay_portal_search_web_search_results_portlet_SearchResultsPortlet_type=document>.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Cooperación internacional (s/p). Disponible en: <https://www.Fiscal.es/-/cooperacion-internacional>.

FORCADA-MIRANDA, Francisco-Javier. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la

celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)", Bitácora Millennium DIPr, núm. 3º, 2016, pp. 1-5. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-37-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-i>.

FORCADA-MIRANDA, Francisco-Javier. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)", Bitácora Millennium DIPr, núm. 3º, 2016, pp. 1-5. Disponible en: < http://www.millenniumdipr.com/ba-39-el-nuevo-proceso-espanol-de-restitucion-o-retorno-de-menores-en-los-supuestos-de-sustraccion-internacional-la-decidida-apuesta-por-la-celeridad-y-la-novedosa-circular-de-la-fiscalia-6-2015-parte-ii>.

GARAT, María Paula, RISSO FERRAND, Martín, RAMOS CABANELLAS, Beatriz, VALENTÍN, Gabriel, SLINGER, Leonardo, COSTA, Leonardo, HERDT, Cristina, GAMARRA, Diego, & GUERRA, Walter (2020). "El Derecho frente a la pandemia por COVID-19". Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho, núm. 21, pp. 1-24. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932020000100001>.

GARCÍA MEDINA, J., "Crisis matrimoniales y derechos de los menores", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (coord.), Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales, Lex Nova, Valladolid, 2009.

GARCÍA OLALLA, M., "La familia como contexto de desarrollo y educación en la infancia", Letras de Deusto, núm. 99, 2003.

GARCÍA RIVAS, F., "Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código civil. ", Revista jurídica de la Región de Murcia, núm. 37, 2006.

GARCÍA VICENTE, F. "Prólogo", Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2004.

GARCÍA, S., "Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, núm. 73/2006 (Sección 1ª), de 8 de febrero". Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 2006.

GIL-ROBLES, J., "El Derecho de familia y la Constitución Europea: la acción del parlamento europeo", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE ABOGADOS DE FAMILIA, Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional, Dikinson, Madrid, 1999.

GÓMEZ JIMÉNEZ, M. Los derechos fundamentales del niño. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 1998.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La libre circulación de resoluciones en la UE en el caso de la

sustracción internacional de menores", en Revista Justicia & Derecho, vol. 3, núm. 2, 2020, pp. 1-19. Disponible en: https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/539>.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor". *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 14, núm. 1, pp. 286-312. Disponible en:<https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6686>.

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "Sustracción internacional de menores y enfermedad psiquiátrica del progenitor no sustractor. Comentario del auto de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección IV)", núm. 37/2018, de 14 de junio". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, pp. 764-772. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4648>.

GUILARTE, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial,"p. 4, InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2008.

GUTIÉRREZ SARMIENTO, C., Manual de procesos de familia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

HENRÍQUEZ LARRÁZABAL, L., Fidelidad conyugal: respuestas del Derecho, Organizaciones Gráficas Capriles C.A., Caracas, 2012.

HERRÁNZ BALLESTEROS, M., "La sustracción internacional de menores a propósito de la STC 120/2002 de 20 de mayo de 2002", en Revista de Derecho Privado, núm. 86, mes 10, 2002, pp. 754-770.

HERRANZ BALLESTEROS, M., "Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid Ch.: el recurso excepcional a los aspectos penales", en La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2000, pp. 1540-1544.

HUNG VAILLANT, F., Derecho civil I, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1999.

INCADAT. Buscador de Jurisprudencia. Caso: Iglesias Gil and A.U.I v. Spain, Requête no 56673/00, (2005) 40 E.H.R.R. 36. Disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/542>.

INCADAT Buscador de Jurisprudencia. Caso: AG Hamm - 32 F 14/20 - 23 April 2020. Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1472?summlanguage=en#summary-part >.

INCADAT Buscador de Jurisprudencia. Caso: CT v PS [2021] IEHC 168 [2020 No. 22 HLC]. Disponible en: https://incadat.com/es/case/1510>.

INCADAT. Buscador de Jurisprudencia . Caso: KR v HH [2020] EWHC 834 (Fam). Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1460>.

INCADAT Buscador de Jurisprudencia. Caso: OLG Karlsruhe 2 UF 200 19 - 25 June 2020. Disponible en: <https://incadat.com/es/case/1470>.

INCADAT. Análisis de jurisprudencia Referencia HC/E/ 502. Disponible en: <https://www.incadat.com/en/case/502?summlanguage=es#summary-part>.

INCADAT. Análisis de jurisprudencia. Objetivos y ámbito de aplicación del Convenio. Residencia habitual. Disponible en: <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>.

IRIARTE ÁNGEL, J., "Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español", en RODRÍGUEZ BENOT, A. (Director) La multiculturalidad: especial referencia al Islam, La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

JABBAZ CHURBAS, M. (2021). "Infancia alterada en pleitos por la custodia de menores", en *AREAS, Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 42, pp. 39-50. Disponible en: https://revistas.um.es/areas/article/view/464101

JIMÉNEZ BLANCO, P. "Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", Diario La Ley, núm. 5771, 2003.

JUANES PECES, A. y GALVAN ARIAS, J., "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familias en los casos de crisis matrimonial", La Ley, núm. 3, 1992.

LASARTE, C. "La Convención de la Conferencia de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1301, 1983.

LASARTE, C., Derecho de familia. Principios de Derecho civil VI, Marcial Pons, Madrid, 2008.

LEAL RANGEL, J. "La emancipación", en POLES DE GRACIOTTI, A. y otros, Manual de Derecho Civil: personas, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel. "Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. el trato desigual en situaciones similares". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 1, 2019, pp. 825-833. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4656>

LORENTE MARTÍNEZ, I. "La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas". Ars Iuris Salmanticensis, vol. 7, 2019, pp. 159-206. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7273493>

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel. "Sustracción internacional de menores. especial atención a la aplicación del Convenio de La Haya 25 octubre 1980 y excepción al no retorno inmediato de la menor". Cuadernos de Derecho Trasnacional, núm. 13, 2021, pp. 966-973. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/6005>.

MAESTRE, P., "Sustracción y restitución internacional de menores", en LLAMAS POMBO, E. (Coordinador), Nuevos conflictos del Derecho de familia, La Ley, Madrid, 2009.

MARIÑO ROJAS, C. "Hacia una nueva infancia" en CHÁVEZ ASENCIO, M., GARCÍA MÉNDEZ, E., y otros, Conflictos familiares, su prevención y tratamiento, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

MARTÍN ALONSO, H., PIZARROSO FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, A., p. 291, "La familia centrada en el niño: impotencia y desesperanza", Cuadernos de Trabajo Social (España), Vol. 26, núm. 2, 2013.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Separación y disolución del matrimonio", p. 165-166, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coordinador), Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de familia, COLEX, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., Tendencias recientes del Derecho de familia, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., FERRER ORTIZ, J. y otros, El Derecho de familia: presente y futuro, Litho Arte, C.A., San Cristóbal, 2013.

MARTÍNEZ, N., "Últimas tendencias en derecho de alimentos", en LLAMAS POMBO, E. (Coordinador), Nuevos conflictos del Derecho de familia, La Ley, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ, S., "Derecho del menor" en GARCÍA SARMIENTO, E. y otros, Derecho de menores: aspectos civiles, comerciales, laborales, internacionales y organismos de protección, Ediciones Rosaristas, Medellín, 1995.

MAZUERA ARIAS, R. "La patria potestad: responsabilidad de crianza", en POLES DE GRACIOTTI, A. y otros, Manual de Derecho Civil: personas, LithoArte, C.A., San Cristóbal, 2013.

MAZUERA ARIAS, R., La separación conyugal en Derecho venezolano y español, Librería y Galería Sin Límite, San Cristóbal, 2009.

MEDINA PABÓN, J., Derecho civil. Derecho de familia, Editorial Universidad del Rosario, 2011.

MEDINA, E., Derecho civil. Derecho de familia, Editorial Universidad del Rosario, 2014.

MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL. Informe especial sobre violencia contra la infancia en Colombia, Bogotá, 2006.

MONROY CABRA, M., Derecho de familia, infancia y adolescencia, Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2012.

MONTENEGRO A., H., Separación matrimonial y conflicto conyugal. Sus efectos en los hijos. Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago, 2002.

MONTES RODRÍGUEZ, M., "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en derecho español, diez años después de la ley 42/2003" Revista Boliviana de Derecho, núm. 18, 2014.

MORALES LANDÁZABAL, G. "Instituciones familiares: la familia de origen en la Ley Orgánica para la protección del niño y el adolescente", en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, MORAIS, M. (coordinadora), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.

MORALES LANDÁZABAL, G., "La doctrina de la protección integral y las relaciones familiares" en MORALES LANDÁZABAL, G. y SAN JUAN, M., Familia. Intervenciones protectoras y mediación familiar, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2005.

MOYA ESCUDERO, M. "Comentario Jurisprudencia Española y Comunitaria de Derecho Internacional Privado" Revista Española de Derecho Internacional, núm. 2, 1997, Boletín Oficial del Estado Madrid-1998.

NGABONZIZA, D. "Los derechos de guarda y visita. La sustracción de menores. Los mecanismos de prevención", p. 187, Infancia y Sociedad: Revista de estudios (España), núm. 33, 1995.

OBSERVATORIO LEGISLATIVO Y DE OPINIÓN. Nuevo Código de infancia y adolescencia: antecedentes, análisis y trámite legislativo, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

ORBE, H., Derecho de menores, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1995.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

ORDOÑEZ SOLIS, D. El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 119, 2003, pp. 447-483. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=496725>.

ORTÍZ DE LA TORRE, J., "Retención de hijos menores por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia", en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE ABOGADOS DE FAMILIA, Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional, Dykinson, Madrid, 1999.

ORTÍZ HERRERA, S., "Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Un avance hacia la integración y armonización del Derecho civil en Europa", Revista de Derecho UNED (Madrid), núm. 3, 2008.

PEÑARANDA QUINTERO, H. Derecho civil I: Derecho de personas. Editorial de La Universidad del Zulia, Maracaibo, 2008.

PÉREZ BEVIÁ, J. y GARRCÍA CANO, S. "Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño", en CALVO CARAVACA, A. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coordinadores), Globalización y Derecho. Editorial COLEX, 2003, Madrid.

PÉREZ CONCESA, C., "La mediación familiar ante las crisis matrimoniales", p. 16, Aranzadi Civil, núm. 11, 2004 (octubre), Editorial Aranzadi, Navarra.

PÉREZ DE COLOSÍA Y LÁZARO, G., "Restitución de menor a Chile: comentario a la sentencia N° 619/2020 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de julio de 2020", en: Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 14, núm. 1, pp. 816-826, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6717>.

PÉREZ VERA, E. “El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 1993.

PÉREZ VERA, E., “Algunas consideraciones sobre la Aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980”, en Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres. Propuesta de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores al Consejo Directivo del IIN. Montevideo, 2002, <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/reunion_expertos.pdf>.

PÉREZ, M., “Sustracción internacional de menores”, Revista Servicios Sociales y Política Social, núm. 50, 2000.

PÉREZNIETO, L. y SILVA, J. Derecho internacional privado. Oxford University Press, México, 2000.

PÍAS GARCÍA, E., “El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores”, en ZARRALUQUI, L., y otros, La sustracción interparental de menores, Dykinson, Madrid, 2005.

POLES DE GRACIOTTI, A. “La familia sustituta en la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y del Adolescente”, en POLES DE GRACIOTTI, A. y otros, Manual de Derecho Civil: personas, LithoArte, C.A., San Cristóbal, 2013.

PONS-SALVADOR, G. y DEL BARRIO, V. (1995). “El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos”, en Psicothema, volumen 7, núm. 3, pp. 489-497. Disponible en: https://cc.bingj.com/cache.aspx?q=%E2%80%9CLa+unidad+familiar+act%C3%BAa+de+soporte+y+protecci%C3%B3n+para+los+ni%C3%B1os%2c+la+ruptura+de+esta+estructura+desencadena+un+per%C3%ADodo+de+desorganizaci%C3%B3n+y+cambios+en+la+vida+del+ni%C3%B1o%E2%80%9D&d=4962272392780060&mkt=es-ES&setlang=es-ES&w=sVaW9-OeWm7QlP2YwSl50TT_rpbEcWXn

PORTERO SÁNCHEZ, L., “La separación matrimonial en el nuevo derecho matrimonial español”, en Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro, 1982, Salamanca, Universidad Pontifica de Salamanca.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Cooperación jurídica internacional en caso de sustracción del menor por uno de los padres: eficacia extraterritorial de las decisiones sobre guarda y visita (indagación de los convenios susceptibles de aportar las soluciones más útiles)” Foro Manchego, núm. 44, 1999.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2004”. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres, Revista Española de Derecho Internacional, núm. 1, 2005.

RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (2019). Noticias Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional. Disponible en: https://iberred.notariado.org/-/tratado-relativo-a-

la-trasmisi-c3-b3n-electr-c3-b3nica-de-c2-a0-solicitudes-de-cooperaci-c3-b3n-jur-c3-addica-internacional-entre-c2-a0-autoridades-centrales-tratado-de-medell-c3-adn-

RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Historia. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (s.f). Presentación. Red iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Presentación. Objetivos. Disponible en: https://iberred.notariado.org/presentacion

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (Juzgados de Catalunya)", Revista Jurídica de Catalunya (Barcelona), núm. 3, 2003.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, dimensión constitucional", Derecho Privado y Constitución (España), núm. 20, 2006.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visita ensayo de construcción unitaria, en VILADRICH, P., (Director), El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis, Ediciones Universidad de Navarra, 1982.

ROBLEDO BUCIO, M. "Profesores y mediación familiar como alternativa para una mejor adaptación de los niños/as ante el divorcio", Intervención psicoeducativa en la desadaptación social (Madrid), núm. 3, 2010.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carles, JARNE ESPACIA, Adolfo y CARBONELL, Xavier. "Evaluación psicológica y legislación internacional: los traslados transfronterizos y sustracción de menores", Papeles del Psicólogo, núm. 1, 2015, pp. 46-53. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/272495690_Evaluacion_psicologica_y_legislacion_internacional_Los_traslados_transfronterizos_y_sustraccion_de_menores>

RODRÍGUEZ INYESTO, A., "Protección jurídica de los alimentos de los hijos en las rupturas conyugales", Revista de Derecho Privado, España, 1989.

ROMERO COLOMA, A., "Aspectos sustantivos y procesales de la nulidad, separación y divorcio (según la Ley de 7 de julio de 1981), Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 4, 1986.

ROMERO NAVARRO, F., "Coparentalidad y género", Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social, Barcelona, núm. 2, 2009.

SABIDO RODRÍGUEZ, M., "La restitución de menores retenidos ilícitamente en España y la excepción de grave riesgo a la luz de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2020", en Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13, núm. 2, pp. 498-517, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6269>.

SABIDO RODRÍGUEZ, M. "Consideraciones sobre el Convenio Bilateral entre España y Marruecos de 1997", en CALVO CARAVACA, A. e IRIARTE ÁNGEL, J. (eds.)

Mundialización y familia, COLEX, Madrid, 2001.

SALVADOR CARRILLO, C., "Aspectos sociales de la sustracción interparental de menores.", en Jornadas sobre la sustracción interparental de menores: aspectos jurídicos y psico-sociales, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza 2004.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., "El riesgo de sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas", en Bitácora Millenium DIPr, núm. 14, 2021. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-99-el-riesgo-de-la-sustraccion-internacional-de-menores-como-fundamento-para-el-acuerdo-de-medidas-preventivas>.

SERRANO TÁRRAGA, M., "Sustracción de menores", en Serta, in memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004.

TENA PIAZUELO, I., La mediación conyugal en las crisis matrimoniales, 2001. Disponible en http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200101-255141701013160.html>

VALLEJO ORELLANA, R., SÁNCHEZ-BARRANCO VALLEJO, F. y SÁNCHEZ-BARRANCO, "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (Madrid), núm.92, 2004.

VARELA DE LIMIA, F. La separación convencional de los cónyuges en el Derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1972.

VARSI ROSPIGLIOSI, E., "Derecho de relación. Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes", Revista Jurídica Científica SSIAS (Pérú), núm. 3, 2010 (S/N). Disponible en http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias4/contenido.html

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C. Matrimonio y divorcio, DIJUSA, Madrid, 2005.

VILADRICH, P., Presentación que hace del libro RIVERO HERNÁNDEZ, F. (Coordinador) El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis, Editorial Universidad de Navarra, 1982.

VIVAS FRANCO, C., "El divorcio ¿Un derecho?", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., FERRER ORTIZ, J. y otros, El Derecho de familia: presente y futuro, LithoArte, C.A., San Cristóbal.

WorldReach Software – Hague Conference on Private International Law. iChild User Guide. 2007. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/141934fc-83b7-4106-9ba6-5c3ea3ba6b85.pdf

YÁRNOZ-YABEN, S. "Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles", International Journal of Clinical and Health Psychology, España, Vol. 10, núm. 2, 2010.

20 Minutos Actualidad. EE UU deniega la entrada a la abogada María José Carrascosa tras retenerla 24 horas en el aeropuerto de Nueva York. Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/3607017/0/maria-jose-carrascosa-retenida-aeropuerto-nueva-york/>.