

El “derecho de custodia” en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores

Autores: Isabel E. Lázaro González y José Javier Ezquerro Ubero
Profesores de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

El trabajo intenta clarificar el alcance del “derecho de custodia” en el ámbito del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Después de un análisis jurisprudencial comparado, el estudio se centra en la jurisprudencia española, detectándose en ambos casos diferentes interpretaciones, amplia y estricta. La primera, sobre la base de los objetivos del Convenio, propicia el retorno inmediato de los niños, trasladados o retenidos de manera ilícita con infracción de un derecho de custodia, al Estado de su residencia habitual. La segunda, apegada a los conceptos del Derecho estatal, fracasa a menudo en la consecución de dichos objetivos. Finalmente, el trabajo trata de extraer algunas conclusiones y propone mejoras en el lenguaje jurídico en este sector.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Derecho de custodia, Jurisprudencia comparada, Jurisprudencia española.

I. La sustracción internacional de menores

Es cada vez es más frecuente el desplazamiento internacional de los menores por uno de los titulares de la responsabilidad parental sin el consentimiento del otro titular, que pierde así el contacto con el menor o menores afectados. Éstos, además, se ven apartados del entorno familiar y social en que venía desarrollándose su vida. El cambio que se produce en la residencia del menor o menores concernidos tiene unas consecuencias inmediatas: pasan de estar sometidos al Derecho y a los jueces del Estado de su residencia habitual a estar sujetos, en principio, al Derecho y a los jueces del Estado al que han sido trasladados o en el que han sido retenidos. La gravedad del perjuicio que estas conductas causan a los niños es indiscutible, por lo que se hacen necesarios instrumentos eficaces de lucha contra las mismas, sobre la base de la cooperación entre los Estados. La cooperación interestatal puede articularse a través de convenios internacionales bilaterales o, mejor, multilaterales y, en la Unión Europea, reglamentos de la Unión. Mediante estos textos internacionales tratan de reducirse las consecuencias de dicho cambio de residencia para restablecer en lo posible la situación anterior.

Desde la perspectiva de los convenios corresponde un papel principal al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, “CLH”), que establece un mecanismo de cooperación dirigido a obtener la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de manera ilícita al Estado de su residencia habitual¹. El legislador español, en cumplimiento del artículo 2 del Convenio, que exige el establecimiento de un procedimiento de urgencia para garantizar el cumplimiento de los objetivos previstos, añadió en 1996² a la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 los artículos 1901 a 1909, que se mantienen vigentes hasta la promulgación de una nueva normativa, anunciada por la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 pero todavía no elaborada. Se encuentra también vigente en España el Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, que es un convenio de alcance distinto, como indica ya su denominación³.

En la Unión Europea se ha adoptado el Reglamento 2201/2003, 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 contiene disposiciones que completan el Convenio de La Haya de 1980, en particular su artículo 11⁴. Se conoce en la práctica como Reglamento “Bruselas II bis” (en adelante, RBII).

¹ BOE 24 de agosto de 1987. Correcciones de errores de 30 de junio de 1989 y 24 de enero de 1996. Se encuentra en vigor en más de ochenta Estados. En España, desde el 1 de septiembre de 1987.

² 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. BOE 17 de enero de 1996.

³ BOE 1 de septiembre de 1984. Entró en vigor el 1 de septiembre de 1984.

⁴ DOUE L 338 23 de diciembre de 2003. Entró en vigor el 1 de agosto de 2004.

Contiene igualmente normas sobre sustracción internacional que completan las del CLH el 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 niños⁵.

El RBII y el Convenio de 1996, debe insistirse en ello, se limitan a completar el CLH, que sigue siendo el instrumento central en materia de sustracción internacional de menores. Con ello se reconoce la eficacia del Convenio de 1980 en la lucha contra estos comportamientos antijurídicos. Esta decisión ha exigido, como es natural, el establecimiento de reglas de coordinación con el CLH en los dos primeros textos mencionados. Esta multiplicación de textos internacionales puede dificultar la actuación de las autoridades administrativas y judiciales en los supuestos de sustracción internacional de menores. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que la aplicación correcta de las reglas vigentes en la materia es un factor preventivo de estas conductas reprochables; la aplicación incorrecta, estímulo para la sustracción. La consecución de los objetivos previstos puede estar en cuestión.

En este trabajo se pretende contribuir a la clarificación de una de las cuestiones que ha planteado más dificultades en la aplicación del CLH, la delimitación de lo que se entiende por “derecho de custodia” a los efectos del Convenio⁶. Se abordará primero en términos generales, sobre la base del propio texto convencional y de la jurisprudencia de los Estados parte. Después se analizará la jurisprudencia española, muy desigual en lo relativo a la interpretación de dicho concepto. Finalmente, se extraerán algunas conclusiones dirigidas a mejorar el estado actual del Derecho vigente en España en materia de sustracción internacional de menores.

II. El concepto de “derecho de custodia” en el Convenio de La Haya

Frente a los casos en que uno de los progenitores (u otro familiar) desplaza a un menor a través de una frontera contra la voluntad del otro progenitor (o de quien tenga la facultad de decidir la residencia del niño), el Convenio de La Haya de 1980 establece un mecanismo de restitución inmediata del menor al Estado en que tuviera su residencia habitual. Con arreglo al Convenio se considera que el traslado o la retención del menor son ilícitos 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, cuando el derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o la retención o se habría ejercido de no haberse producido la sustracción (artículo 3).

⁵ BOE 2 de diciembre de 2010. En vigor el 1 de enero de 2011.

⁶ Actualmente se trabaja en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado sobre la posibilidad de elaborar un protocolo adicional al Convenio de 1980. Una de las preguntas del cuestionario que se ha dirigido al respecto a los Estados parte se refiere precisamente a la definición del derecho de custodia.

Para calificar como ilícito el traslado o retención se exige la existencia de un derecho de custodia que dé un contenido jurídico a la situación alterada por la sustracción. Aunque el derecho de custodia constituye la piedra angular del sistema establecido, no encontramos en el Convenio propiamente una definición del concepto jurídico de custodia⁷, salvo el contenido mínimo que le impone al derecho el artículo 5, a): “El «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”⁸. Corresponde al Derecho del Estado de la residencia habitual del menor determinar la titularidad, contenido y ejercicio del derecho de custodia; el derecho de custodia que se protege por el Convenio puede venir atribuido tanto por la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor como por la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado. Se trata de un presupuesto para poner en funcionamiento el mecanismo de restitución convencional, presupuesto que no permite deducir la necesidad de comprobar la regularidad en la obtención del derecho de custodia. Al Convenio le interesa quién tiene la potestad de decidir el lugar de residencia del menor, a quién o quiénes les corresponde este derecho de custodia.

Este punto de partida obliga a tomar conciencia –sobre todo a las Autoridades Centrales de los Estados parte en el Convenio y a los jueces o autoridades administrativas a quienes corresponda en cada Estado la decisión de restituir al menor al lugar de su residencia habitual anterior a la sustracción- de que el contenido mínimo que marca el texto convencional para el derecho de custodia no coincide necesariamente con los derechos calificados como derecho de guarda o derecho de custodia por un determinado ordenamiento estatal. La atribución a uno solo de los progenitores según la ley del Estado de la residencia del menor no significa necesariamente que los derechos de custodia en el sentido del Convenio le correspondan al mismo progenitor.

Relata Elisa Pérez Vera en su Informe Explicativo que se presentaron varias propuestas con vistas a suprimir de la definición de traslado o retención ilícitos

⁷ Señala E. Pérez Vera que “Fiel a una larga tradición de la Conferencia de La Haya, el Convenio ha evitado definir los términos utilizados, con excepción de los contenidos en el artículo 5 sobre los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, indispensables para determinar el ámbito de aplicación material del Convenio”. E insiste en esta misma idea más adelante: “Siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de La Haya, el Convenio no define los conceptos jurídicos de los que se sirve. No obstante, en este artículo, precisa el sentido en el que se utilizan los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita, dado que una interpretación incorrecta de su alcance podría poner en peligro los objetivos del Convenio”. E. PÉREZ VERA. *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. (en lo sucesivo *Informe Explicativo*). §53 y §83.

⁸ El mismo artículo establece que el derecho de visita comprende el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en el que tiene su residencia habitual. “La intención del Convenio no es por supuesto excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; simplemente, se ha querido subrayar que este concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita que la persona que tiene la custodia del menor teme de manera especial. Además, dado que esta norma explicativa no califica en absoluto ese “otro lugar diferente” al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el derecho de visita, de acuerdo con el Convenio, incluye también el derecho de visita transfronterizo”. PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo*. §85.

cualquier referencia al ejercicio efectivo de la custodia debido a que, de esa forma, se imponía al demandante la carga de la prueba sobre un punto que, a veces, será difícil de establecer⁹. El Convenio incluye expresamente en su ámbito de aplicación la situación que se plantea cuando la custodia no ha podido hacerse efectiva debido precisamente al traslado del menor.

No importa cómo se describen los derechos de custodia en el marco de las leyes del Estado de la residencia habitual del menor. Lo que tiene relevancia es si esos derechos quedan comprendidos dentro de la definición de los derechos de custodia en el Convenio.

II.1. El derecho de custodia en los Derechos estatales y necesidad de una interpretación uniforme del Convenio

Como hemos señalado, el derecho de custodia a que se refiere el Convenio no coincide con el derecho de custodia de un determinado Derecho estatal. La atribución de la custodia según un determinado Derecho no significa que se tengan todos los derechos de custodia según el Convenio. Los Derechos estatales no coinciden en la regulación de las facultades y obligaciones de los padres respecto de los hijos. Además, cada sistema jurídico estatal posee su propia terminología en relación con los derechos relativos a la responsabilidad parental y a la protección de los niños. Mientras que la legislación de Islandia, por ejemplo, tiene sólo un término para el concepto de custodia, el Derecho español utiliza varias palabras entre las que no están siempre claras las fronteras: “patria potestad”, “guarda”, “custodia” y “cuidado”. En el marco del Derecho de Islandia, los padres tienen la custodia conjunta o uno de ellos tiene la custodia exclusiva.

Puesto que el Convenio es un instrumento internacional que ha de aplicarse en el marco de una variedad de sistemas jurídicos debería dársele una interpretación teleológica a fin de hacer lo más efectiva posible la maquinaria puesta en marcha en virtud del mismo¹⁰. La mayoría de los Estados Parte ha aceptado una interpretación uniforme de los derechos de custodia atendiendo a la finalidad del Convenio. Existen sin embargo diferencias en la interpretación del concepto de custodia de unos Estados a otros. Surgen por esta razón conflictos cuando una solicitud de restitución pone en contacto a Estados que hacen lecturas distintas del concepto de custodia. No es raro que esto ocurra. Sirva como ejemplo el conflicto planteado en el caso *Hunter v. Murrow* al rechazar el tribunal inglés la restitución del menor a Nueva Zelanda argumentando que el padre carecía de derecho de custodia a los fines del Convenio¹¹.

⁹ PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo*. §73.

¹⁰ En este sentido se pronuncia la Cámara de los Lores en *Re H. (A Minor) (Abduction: Rights of Custody)* [2000] 2 AC 291. INCADAT: HC/E/UKe 268. La Cámara de los Lores se amparó en diferentes documentos para asistir en la interpretación, incluida la jurisprudencia extranjera y el Informe de la Tercera Comisión Especial para Revisar el Funcionamiento del Convenio.

¹¹ *Hunter v. Murrow* [2005] EWCA Civ 976. INCADAT: HC/E/UKe 809.

Un chico de casi cuatro años en la fecha de la supuesta sustracción ilícita, que había pasado toda su vida en Nueva Zelanda, fue trasladado a Londres por su madre. Los padres no estaban casados y habían terminado su relación ocho meses antes de que el niño naciera, aunque tras el nacimiento el padre mantuvo un contacto regular con su hijo. Varias semanas después de la llegada a Londres, la madre informó al padre de que tenía la intención de permanecer allí con su hijo. El Tribunal del Reino Unido señaló que los Tribunales de Nueva Zelanda no habían tenido en cuenta la clara distinción entre los derechos de custodia y los derechos de visita existente en el Derecho en vigor en el Reino Unido. Sin embargo, para Nueva Zelanda, un padre que mantenía contactos intermitentes pero sustanciales con su hijo y atendía a su cuidado, podría tener derechos de custodia. Esta interpretación tan amplia del derecho de custodia no fue aceptada por los tribunales ingleses y, en consecuencia, se desestimó la solicitud de restitución. Efectivamente los Tribunales de Nueva Zelanda han atribuido una interpretación muy amplia a los derechos de custodia a los fines del Convenio. Notablemente, se ha afirmado que un derecho a tener y cuidar por periodos interrumpidos de un menor se puede considerar como un derecho de custodia, además de constituir un derecho de visita. Para ese sistema no parece existir ningún motivo convincente que obligue a establecer una dicotomía precisa entre los conceptos de custodia y visitas.

A propósito del caso de los mellizos nacidos de un vientre de alquiler, el juez de instancia inglés destacó que se trataba de una situación que ciertamente no había sido prevista por quienes redactaron el Convenio pero que éste es un “instrumento vivo”¹². El Convenio no debe restringir su aplicación a las circunstancias previstas por sus redactores sino que se trata de un instrumento cuyos principios pueden y deben ser adaptados para cubrir el desarrollo de ingenio humano. Así, un conjunto único de hechos, no contemplados en absoluto por los Estados originales, no debe ser un obstáculo a la aplicación del Convenio si sus principios resultan aplicables.

En el caso *Abbott v. Abbott*¹³, sobre el que volveremos más adelante, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sigue un proceso de razonamiento para dictar su decisión que resulta especialmente interesante. La calificación del derecho de custodia se conformó sobre cuatro pilares:

- 1) el propio texto del Convenio.
- 2) la finalidad del Convenio.
- 3) los puntos de vista de la Autoridad Central de los Estados Unidos.
- 4) las decisiones dictadas por otros Estados parte en el Convenio.

¹² *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008. [18/02/2002; High Court (England); First Instance]. INCADAT: HC/E/UKe 470.

¹³ *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010). INCADAT: HC/E/US 1029. El texto de la sentencia puede leerse en www.supremecourt.gov.

Una idea recorre la decisión del Tribunal: el Convenio debe ser interpretado de tal manera que se le dote de consistencia entre los Estados que son parte en él a través de una jurisprudencia global¹⁴. La comunidad de Estados vinculados por el Convenio ha devenido en un *mélange* de sistemas jurídicos que alcanza a Estados de *common law*, Estados de Derecho civil y combinaciones de ambos, así como un Derecho de corte islámico tras la incorporación de Marruecos y esta realidad constituye un escollo que pone en riesgo de frustrar las posibilidades de una interpretación uniforme. Con el fin de evitar estas dificultades, el Tribunal Supremo aborda la interpretación desde distintos ángulos. Comienza por analizar el significado de la expresión “derecho de custodia” en el texto del Convenio. Mira también la historia de la adopción del Convenio consultando los trabajos preparatorios y el Informe de Elisa Pérez Vera. Para la mayoría de los magistrados, una decisión que limita el traslado del menor, según el Informe, es uno de los distintos cauces por los que puede ejercerse el derecho de custodia. También existe ese mismo consenso emergente entre los estudiosos de que la decisión que establece la prohibición de trasladar al menor forma parte de los derechos de custodia. En opinión de Garbolino, las tendencias judiciales en el marco de interpretación de los términos del Convenio, tales como el derecho de custodia, se enriquecen al exponerse a través de los medios de comunicación, las conferencias de jueces y la base de datos INCADAT (International Child Abduction Database)¹⁵. Estudiosos, comentaristas y tribunales contribuyen constantemente a la evolución en la interpretación de las normas promoviendo de este modo conceptos que son los frutos de una jurisprudencia global¹⁶. El Tribunal Supremo también examinó si la jurisprudencia de otros Estados Parte en el Convenio consideraba que las prohibiciones de salida de un país estaban protegidas como derechos de custodia con arreglo al Convenio.

II.2. Lectura del derecho de custodia a la luz de la finalidad y características del Convenio de La Haya de 1980

Desde el convencimiento de los efectos perjudiciales que ocasiona en el niño la sustracción, el Convenio de La Haya quiere protegerle a través del establecimiento de

¹⁴ HON JAMES D GARBOLINO. “The United States Supreme Court settles the *ne exeat* controversy in America: *Abbott v Abbott*”. ICLQ vol 59, October 2010, p. 1161.

¹⁵ En 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 ésta rama del derecho de tan rápido desarrollo.

¹⁶ HON JAMES D GARBOLINO. “The United States Supreme Court...”, cit., p. 1162.

un mecanismo destinado a la restitución inmediata al Estado en que el niño tuviera su residencia habitual. Para proteger al menor frente al traslado o retención ilícitos el Convenio viene a privar de consecuencias prácticas al traslado o retención, garantizando la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

El Convenio atiende a la situación de hecho sin entrar en el fondo de la cuestión (la titularidad de los derechos de guarda y visita, la atribución o privación de la patria potestad, los derechos de custodia, derecho de visita, etc.). Se propone restablecer el *statu quo* anterior a la sustracción a través del inmediato retorno del menor, sin entrar en el fundamento de la pretensión y de la legitimidad del que ha llevado a cabo la sustracción¹⁷. El objetivo es reaccionar urgentemente para que el niño retorne al lugar de su residencia habitual, dejando al margen la anterior o la futura organización de la guarda del menor y el ejercicio de los derechos de comunicación con los padres¹⁸.

Se ha elegido un enfoque del tema que se aleja del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres y lo coloca en segundo plano. De este modo el Convenio hace hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc., que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación¹⁹. Desde esta orientación del Convenio, que privilegia la situación de hecho, puede considerarse con Carella que se ha adoptado una posición adecuada que hace prevalecer el interés del menor a no ser trasladado de un ambiente a otro en nombre de las pretensiones jurídicas de sus progenitores sobre su persona²⁰. Con la restitución

¹⁷ Se ha disociado completamente la decisión de la devolución del menor de la atribución de los derechos de guarda. CASTEX, G. "Les déplacements illicites d'enfants à l'étranger", en *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*. Actes des Journées d'Études des 3 et 4 décembre 1992, LGDJ, Paris, 1993, p. 162.

¹⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho Privado y Constitución* núm. 16. Enero-Diciembre 2002, pp. 44-45.

¹⁹ PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo*. §72.

Existe un acuerdo general en considerar que los efectos de la sustracción son nefastos para el menor que es separado del ambiente en el que ha vivido, muchas veces debe adaptarse a una nueva lengua, a condiciones culturales diversas, a nuevos amigos y maestros.

El Convenio no precisa los medios que cada Estado debe emplear para hacer que se respete el derecho de guarda existente en otro Estado Parte. A excepción de la protección indirecta, que implica la obligación de devolver al menor a quien tenía la guarda, la protección del derecho escapa del ámbito convencional. El derecho de visita ha sido objeto de una regulación incompleta pero indicativa del interés en que se den contactos regulares entre padres e hijos, incluso cuando la guarda corresponde a uno solo de los padres o a un tercero. PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo*. §17.

²⁰ La tendencia actualmente dominante en el Derecho de menores, que lleva a considerar al niño como un individuo con derechos propios, no subordinado al poder inviolable e ilimitado de sus progenitores, conduce necesariamente a una respuesta de estas características. La tutela del título de custodia privilegia, por el contrario, el derecho de los progenitores sobre el menor, lo que responde a la óptica tradicional de la potestad de los padres sobre los hijos. CARELLA, G., "La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civil della sottrazione di minori". *Riv. dr. int. pr. e processuale* n° 4, 1994, pp. 780.

Ciertamente, como considera Rodríguez Pineau, en el caso del aseguramiento del derecho de visita –segunda finalidad del Convenio–, junto al interés del menor, se quieren garantizar los derechos del progenitor.

inmediata –que debería constituir un importante elemento disuasorio para el sustractor que pretende que su actuación sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de destino–, la sustracción del menor se verá privada de toda consecuencia práctica y jurídica.

El Convenio, en principio, prescinde del fundamento de la pretensión y de la legitimidad de quien ha llevado a cabo la sustracción, puesto que no se hace depender el restablecimiento de la situación en que el menor se encontraba de hecho de la discusión jurídica sobre el fundamento de la pretensión²¹. No establece la ley aplicable a la custodia de los menores ni un régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia.

II.3. Dimensiones del derecho de custodia. ¿Es el derecho de oponerse al traslado del menor un derecho de custodia?

Resulta claro que, en la óptica del Convenio, el traslado del menor por uno de los titulares de la custodia compartida sin el consentimiento del otro titular, es ilícito. Así lo afirma Pérez Vera en su Informe Explicativo y añade que es aquí donde se pone de manifiesto la verdadera naturaleza del Convenio: no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor ni será necesario modificar una resolución de custodia compartida dictada sobre la base de elementos que han sido alterados posteriormente. Simplemente trata de evitar que la resolución posterior se vea condicionada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes²².

El traslado de un menor de un país a otro es un cambio significativo en la situación de ese niño y puede justificar una solicitud de revisión del otorgamiento de la custodia

RODRÍGUEZ PINEAU, E. “Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador”. *La Ley* Año XXI. Número 4986, 7 de febrero de 2000.

²¹ Con arreglo al artículo 16, “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 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 el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”. Vid. sobre este artículo la STS de 22 de junio de 1998 y los comentarios sobre la misma de ESPINAR VICENTE (“Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980”. *Actualidad Civil* nº 2, 11 al 17 de enero de 1999, pp. 31-47).

No obstante, como PÉREZ VERA hace notar en su *Informe Explicativo*, “(E)n su conjunto, el Convenio refleja un compromiso entre dos conceptos parcialmente distintos del objetivo a alcanzar. En efecto, se percibe en los trabajos preparatorios la tensión existente entre el deseo de amparar las situaciones de hecho alteradas por el traslado o el no retorno ilícitos de un menor y la preocupación por garantizar, sobre todo, el respeto de las relaciones jurídicas sobre las que pueden descansar tales situaciones. En este sentido, el equilibrio consagrado por el Convenio es bastante frágil. Por una parte, es claro que el Convenio no se refiere al fondo del derecho de custodia (artículo 19) pero, por otra parte, resulta asimismo evidente que el hecho de calificar de ilícito el traslado o el no retorno de un menor está condicionado por la existencia de un derecho de custodia que da un contenido jurídico a la situación modificada por las acciones que se pretenden evitar” (§9).

²² PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo*. §71.

a fin de proteger mejor su interés. Sin embargo, aunque el traslado ilícito del menor permita la revisión de lo decidido respecto a la custodia, el traslado o la retención por sí mismos no determinan un cambio automático en el titular de la custodia. El padre o madre que detente la custodia tiene el derecho de elegir el lugar de residencia del menor, pero este derecho puede estar sujeto al derecho del padre o madre que no detenta dicha custodia a objetar la elección si considera que es contraria a los intereses del menor²³.

Para el Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia dictada en 1997, el derecho de custodia compartida lleva a considerar ilícito el traslado o retención de un menor sin el consentimiento de quien tiene el derecho de determinar la residencia del menor (aunque carezca de otros derechos de custodia)²⁴. Queda claro que según el Convenio un elemento relevante del derecho de custodia –comprendido de todos los derechos relacionados con la persona del menor– es el derecho a determinar el lugar de residencia del menor.

En general podemos decir que la custodia compartida atribuida por la ley, por una decisión judicial o administrativa o a través de un acuerdo vigente según el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor, no plantean mayores dificultades. Los problemas surgen cuando el Derecho aplicable distingue un derecho de guarda (o derecho de custodia) y un derecho de visitas cuyas dimensiones no coinciden con las previstas en el Convenio. Planteada la cuestión en otros términos: ¿Qué ocurre si el titular de un derecho de visitas tiene la facultad de decidir la residencia del menor en conjunción con quien tiene la guarda? Garbolino también se pregunta si cuando un tribunal simplemente establece que ninguno de los padres puede retirar al niño de un Estado X, o el país Y, si tal decisión permite basar un derecho de custodia en caso de que la decisión del tribunal se incumpla a los efectos de reclamar la restitución del menor.²⁵ Nos estamos preguntando por las dimensiones del derecho de custodia según el Convenio y vamos a contemplar algunas de las dificultades que para determinarlas han afrontado los tribunales estatales.

Se ha generado una jurisprudencia interesante sobre la calificación que debe hacerse de las limitaciones al traslado del menor, bien establecidas por una decisión judicial, en medidas provisionales, o bien como consecuencia de un derecho de veto atribuido al otro progenitor. En la mayoría de los Estados parte en el Convenio se ha aceptado que el derecho de oponerse al traslado del menor equivale a un derecho de custodia a los fines del Convenio. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia el Tribunal Supremo de Canadá en 1994 en el caso Thomson v. Thomson²⁶. En el curso

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso W. (V.) v. S. (D.), i1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481. INCADAT: HC/E/CA 17.

²⁴ 2BvR 1126/97, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), 18 July 1997. INCADAT: HC/E/DE 338.

²⁵ HON JAMES D GARBOLINO. "The United States Supreme Court..." , p. 1166.

²⁶ Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290. INCADAT: HC/E/CA 11.

del proceso de separación de los padres, el Tribunal de Primera Instancia concedió la custodia provisional a la madre y derechos de visita provisionales al padre. También se ordenó que el menor permaneciera en Escocia hasta que el tribunal dictara una resolución definitiva. El Tribunal Supremo distinguió entre una cláusula que obliga a no trasladar contenida en una decisión provisional sobre la custodia y una decisión definitiva. Sugirió que si una cláusula de estas características incluida en una decisión definitiva se considerara que es un derecho de custodia a los fines del Convenio, ello tendría serias implicaciones para la libertad de circulación de la persona que ejerce el cuidado primordial del menor.

También el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha tenido que pronunciarse sobre la exigencia de no trasladar al menor sin intervención judicial o acuerdo entre los padres en el año 2000. Se trata del caso *Sonderup v. Tondelli*²⁷. Una sentencia del Tribunal Supremo de la Columbia Británica había atribuido la custodia a la madre y al padre un derecho de visitas, aunque tenían garantizada la responsabilidad parental conjunta y el padre debía pagar alimentos a la hija. Añadía la sentencia que ni el padre ni la madre debían trasladar a la niña fuera de la Columbia Británica sin intervención del tribunal o acuerdo escrito de ambos, con excepción de una salida anual de cada uno de ellos con la niña fuera de este territorio durante un periodo que no podía exceder de treinta días. En relación con una de estas salidas del país, se estableció concretamente que si la madre contravenía la limitación, la custodia de la niña correspondería al padre y, en consecuencia, éste podía poner en marcha el Convenio para la restitución. El Tribunal Constitucional entendió que esta cláusula que prohíbe el traslado del menor encaja en la categoría de derechos de custodia que el Convenio quiere proteger y consideró relevante para llegar a la conclusión que los padres hubieran acordado que la menor fuera restituida a Canadá en fecha determinada.

Si cualquiera, ya sea una persona física o el Tribunal u otra institución u órgano, tiene un derecho a objetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción y no es consultado o se niega a prestar el consentimiento, el traslado será ilícito en el marco del significado del Convenio²⁸. El derecho de custodia puede corresponderle a un tribunal en el curso de un proceso relativo a la guarda de un menor, puesto que el tribunal puede vetar el traslado. Precisamente en *Re H. (A Minor)*, ya mencionado, resuelto por la Cámara de los Lores el 2 de marzo de 2000, se presenta esta situación²⁹. El tribunal sostuvo –y en ello insistiremos más adelante– que cualquier institución o

²⁷ Constitutional Court of South Africa. Case CCT 53/00. Heard on: 23 November 2000. Decided on: 4 December 2000. Vid., también el resumen en *Caso Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC). INCADAT: HC/E/ZA 309.

²⁸ Así lo afirma el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales en el caso *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654. INCADAT: HC/E/UKe 34.

²⁹ *Re H. (A Minor) (Abduction: Rights of Custody)* [2000] 2 AC 291. INCADAT: HC/E/UKe 268. El texto completo de la decisión puede encontrarse en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000203/inreh.htm>

cualquier órgano (incluidos los tribunales) al que se hayan atribuido derechos de custodia queda comprendido y protegido según el Convenio³⁰. Para que a un tribunal se le atribuyan derechos de custodia debe estar entendiendo en una pretensión que plantee cuestiones de custodia en el sentido del Convenio, sin que resulte necesario que el Tribunal del Estado al que ha sido trasladado el menor considere de buena fe o con fundamento la pretensión que ha puesto en marcha el proceso ante el tribunal de la residencia.

No hay duda de que la decisión más relevante hasta la fecha ha sido la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el ya citado caso *Abbott v. Abbott* con fecha 17 de mayo de 2010³¹. En el caso, un ciudadano británico y una ciudadana norteamericana se enfrentaban en Chile a un proceso sobre la custodia de su hijo. Las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal permitieron a la madre obtener la guarda mientras que al padre se le garantizaban visitas regulares, incluyendo fines de semana y el mes de febrero completo. Con arreglo a la ley chilena, el progenitor que tiene derecho de visitas debe ser tenido en cuenta para trasladar al niño a otro país. No considerando suficiente esta previsión de la ley, además, adicionalmente, la madre solicitó del tribunal un pronunciamiento exigiendo que se contara con la voluntad del cada progenitor cuando el otro quisiera trasladar al menor fuera del país (decisión de “*ne exeat*” o prohibición de salida del país). Fue la madre quien posteriormente sustrajo al niño, trasladándolo a Texas sin permiso del padre. Una prohibición de salida típica limita a un progenitor, o a ambos, la posibilidad de trasladar al menor fuera de la jurisdicción del tribunal o trasladar al menor a través de las fronteras sin permiso del otro progenitor o del tribunal³². Por esta razón, el Tribunal Supremo sostuvo en esta ocasión que una prohibición de salida confiere un derecho de custodia al progenitor no custodio, que le legitima para poner en marcha el Convenio.

Dos aspectos deben tomarse en consideración en esta sentencia *Abbott v. Abbott*: por una parte, el establecimiento con carácter provisional de la cláusula de prohibición en la adopción de medidas cautelares para asegurar el buen fin de la pretensión; por otra, el grado y alcance de la prohibición de salida del país. La propia dinámica de los procesos sobre custodia de un niño dota de significación a la inclusión de la prohibición de salida en el concepto de custodia, pues así se protege la competencia del tribunal hasta que se adopte la decisión final. Podemos calificar los litigios sobre la custodia como lineales en el sentido de que los hechos conocidos en el momento de la adopción de medidas cautelares quedan con frecuencia eclipsados por otros hechos de mayor gravedad y cualitativamente más relevantes que se conocen con posterioridad.

³⁰ En este sentido destacó que los artículos 5 y 8 del Convenio estaban redactados ampliamente de forma intencionada para permitir esta posibilidad.

³¹ *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010). INCADAT: HC/E/US 1029. Vid HORATIA MUIR WATT. Nota a la sentencia *Abbott*. *Revue critique de droit international privé*. 2010. 3. pp 519-524.

³² Este derecho no es absoluto y si la autorización para trasladar al niño se mantiene irrazonablemente o un tribunal considera que no continúa existiendo una causa que justifique que se mantenga la limitación, la prohibición de salir del país puede anularse por un tribunal de la jurisdicción competente.

La adopción de medidas cautelares tiene su base en una información escasa y suele faltar prueba suficiente de las situaciones de gravedad que las fundamentan (abuso infantil, violencia doméstica, etc.). Es necesario garantizar la seguridad del niño y, por ello, las decisiones que se adoptan en estas circunstancias pueden llegar a ser muy restrictivas en relación con las visitas de los progenitores aunque tras la investigación y la presentación de las pruebas llegue a comprobarse que las acusaciones iniciales eran infundadas o que la gravedad de la conducta se había exagerado. Las medidas cautelares no son más que decisiones provisionales para proporcionar estabilidad a los niños hasta que el tribunal disponga de datos suficientes para tomar una decisión más razonada. Pese a su temporalidad y provisionalidad, no puede despreciarse que de alguna manera en ellas se sientan las bases de la posición que toman los padres en el proceso de custodia. Por otra parte, en *Abbott v. Abbott*, la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos atendía a la ley chilena para determinar el grado y alcance de la prohibición de salida. Basándose en la interpretación de Chile de su propia ley, la mayoría llegó a aplicar las disposiciones de la Convención sobre los derechos de custodia. La discusión entre los magistrados se centró en si podía caracterizarse la prohibición de salida como un derecho a vetar la salida del país de residencia y no como un derecho comprensivo de la participación en las cuestiones diarias sobre el cuidado y control del niño³³. Una prohibición de salida de un Estado que se ha dictado para proteger la competencia del tribunal mientras se toman las decisiones definitivas sobre la custodia del niño puede fundamentar la oposición de un progenitor frente al traslado del menor. Garbolino, al que ya hemos mencionado, destaca la independencia del Tribunal Supremo respecto a la interpretación que en otros Estados recibe el derecho de custodia, que nada contrariorrente al calificar la prohibición de salida de un Estado como un derecho de custodia. Parece razonable justificar esta posición con el fin de evitar que los padres secuestradores consideren que Estados Unidos es un santuario jurídico donde pueden instalarse, burlar la ley de la residencia habitual del niño y, además, aislarse de las normas internacionales que, tal como se aplican en otros países, obligarían a la restitución del menor³⁴. Resultó irrelevante para el Tribunal Supremo de Estados Unidos que la prohibición de salida del país no se correspondiera con la noción tradicional de custodia del niño pues en la consideración del Tribunal Supremo lo que importaba era atender a la noción de custodia que responde a la finalidad del Convenio.

Aunque esta inclusión en el derecho de custodia del derecho de veto sobre el traslado del menor ha sido aceptada por una abrumadora mayoría de los Estados Parte en el Convenio³⁵, hay manifestaciones disidentes en ciertas jurisprudencias estatales.

³³ Los disidentes consideraban que la prohibición de salida no era sino una restricción a los desplazamientos internacionales.

³⁴ HON JAMES D GARBOLINO. “The United States Supreme Court...” , p. 1166.

³⁵ Así se pone de relieve en las sentencias que se recogen en la base de datos de INCADAT: Australia, Austria, Canadá, Reino Unido, Francia, Alemania, Sudáfrica, Suiza, Estados Unidos.

De hecho, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en *Abbott v. Abbott* representa un cambio de rumbo en la jurisprudencia americana que hasta entonces tenía un signo contrario. Mencionaremos algunas sentencias anteriores entre las que debe destacarse la dictada en el caso *Croll v. Croll*, hasta entonces decisión de referencia. En ese caso *Croll v. Croll*³⁶, una sentencia judicial prohibía el traslado de una niña desde Hong Kong sin el consentimiento del otro progenitor o del tribunal. Ya en Estados Unidos, el Tribunal Federal de Apelaciones de la Jurisdicción Federal no consideró ilícito el traslado porque el padre no tenía los derechos de custodia a la fecha del mismo. Añade la sentencia que para estar protegidos por el Convenio los derechos de custodia deben poseerse por los padres en cierto grado. Uno solo de estos derechos, en este caso el derecho a determinar el lugar de residencia de la menor mediante el ejercicio de un poder de veto respecto al traslado internacional de la menor, resulta insuficiente para otorgar la custodia a la parte que posea dicho poder. La mayoría de los miembros del Tribunal entendió que el derecho del padre alcanzaba simplemente a vetar la expatriación de la menor. No le daba derecho a determinar nada al respecto de la custodia, pues su derecho sólo se extiende a la ubicación geográfica de la menor en el sentido más amplio pero no incluía la facultad de determinar el lugar de residencia de la menor dentro de Hong Kong. El derecho de veto por lo tanto no podía conferir un derecho completo para determinar la residencia de la menor. Además la decisión de custodia también establecía que la custodia y el control se otorgaban exclusivamente a la madre. Hubo una opinión disidente que sostuvo que la definición de derechos de custodia según el Convenio preveía un conjunto de derechos que debían ser protegidos con independencia de si un progenitor tenía uno, varios o todos los derechos de custodia y, de si el derecho o derechos podían ejercerse en forma individual o compartida con el otro progenitor. En el mismo sentido se pronuncia otro Tribunal de Apelación en el caso *González v. Gutiérrez*, al considerar que un padre o madre con derechos de custodia tiene el derecho de determinar el país, ciudad y ubicación precisa donde vivirá el menor. Por el contrario, una cláusula de no abandonar el país sólo sirve para permitir que un padre o madre con derechos de visita imponga un límite al derecho del padre o madre que tiene la custodia para expatriar a su hijo o hija³⁷. La misma línea se mantiene en el caso *Fawcett v. McRoberts* en 2003 excluyendo del concepto de custodia el derecho de vetar el traslado del menor fuera de la jurisdicción del tribunal que está resolviendo sobre la custodia³⁸.

Además de esta jurisprudencia norteamericana, otros países han excluido del derecho de custodia la prohibición de salida de la jurisdicción del Estado de la residencia habitual del menor. El Tribunal Supremo suizo sostiene una postura similar

³⁶ *Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000 cert. den. Oct. 9, 2001). INCADAT: HC/E/USf 313.

³⁷ *González v. Gutiérrez*, 311 F.3d 942 (9th Cir 2002). INCADAT: HC/E/USf 493.

³⁸ *Fawcett v. McRoberts*, 326 F.3d 491 (4th Cir. Va., 2003). INCADAT: HC/E/USf 494.

en el caso del traslado de dos niños a Suiza por su madre a pesar de que el padre presentó junto a la solicitud de restitución una sentencia israelita en la que se establecía que conforme a la ley de aquel país los dos progenitores tenían derecho a vetar el traslado de un hijo común desde el territorio del Estado³⁹. Efectivamente considera el Tribunal que la negativa al traslado en una decisión definitiva sobre la custodia de un menor tiene serias implicaciones para la libertad de circulación de la persona que ejerce la guarda del menor. El Tribunal Supremo ha dictado auto de avocación por el desacuerdo existente entre los tribunales de apelación acerca del concepto de derecho de custodia. En la sentencia se decide que en el caso hay traslado ilícito, y con ello se respalda la interpretación amplia, pero se deja a los jueces de distrito la decisión final, pues a ellos les corresponde apreciar si concurre de alguna de las excepciones previstas en el Convenio.

Se impone, pues, una interpretación amplia del derecho de custodia como más apropiada para la consecución de los fines del Convenio. Parece claro que las sentencias que se inclinan por una interpretación estricta, están impregnadas de referencias al Derecho estatal y se alejan del Convenio.

II.4. ¿Quiénes pueden poner en marcha el mecanismo de restitución previsto en el Convenio? Titularidad del derecho de custodia

A tenor de lo que establecen los artículos 3.a) y 8 del Convenio, el derecho de custodia puede estar atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo. Se trata de una amplia formulación que abre un extenso abanico de posibilidades.

Que el progenitor custodio es titular del derecho y puede poner en marcha la maquinaria del Convenio, no plantea dificultad. El titular del derecho puede ser un individuo o pueden ser varios. Saber cuándo existe una custodia conjunta es una cuestión que debe ser establecida en cada caso a la luz del Derecho de la residencia habitual del menor. La titularidad del derecho de custodia no corresponde siempre a los padres biológicos. Pueden ser titulares del derecho de custodia los padres de adopción o los padres de acogida, de manera que los adoptantes o los acogedores podrían invocar la protección del Convenio frente a los padres biológicos que trasladaran o retuvieran ilícitamente a sus hijos. En ocasiones son los abuelos u otros familiares quienes tienen atribuida la custodia.

Pero también pueden ser titulares de un derecho de custodia las personas jurídicas, cuestión que se aceptó sin debate en el Decimocuarto periodo de sesiones de la Conferencia de La Haya, según recoge Pérez Vera⁴⁰. Como ya hemos señalado *supra*,

³⁹ Tribunal fédéral suisse (Tribunal Supremo Suizo), decisión de 29 Marzo 1999, 5P.1/1999. INCADAT HC/E/CH 427.

⁴⁰ PÉREZ VERA, E., *Informe Explicativo*. §80. Precisa el informe que dado que hay organismos distintos de las instituciones que tienen menores a su cargo en la expresión utilizada en la norma se ha dado cabida, junto

la Cámara de los Lores ha sostenido que cualquier institución o cualquier órgano (incluidos los tribunales) al que se hayan atribuido derechos de custodia merece la protección del Convenio, aunque, para que a un tribunal se le atribuyan derechos de custodia, debe estar en curso un procedimiento en el que esté conociendo de una pretensión que plantee cuestiones de custodia en el sentido del Convenio⁴¹. Resulta muy interesante el razonamiento seguido por Lord Mackay of Clashfern al que sigue el resto de los miembros del Tribunal en *Re H. A* primera vista resulta extraño atribuir a un tribunal derechos de custodia pero es preciso examinar la cuestión cuidadosamente para determinar si esa primera impresión se corresponde con las exigencias del texto convencional. Al Convenio, que está llamado a aplicarse en una variedad de sistemas jurídicos, resulta adecuado darle el contenido que haga de él un instrumento eficaz para los fines que persigue. No hemos perdido de vista que la finalidad del Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente. Planteada la cuestión en estos términos, en la expresión que utiliza el artículo 3 (“Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia”) puede considerarse incluido un tribunal. Se ha elegido una expresión deliberadamente amplia. En realidad las cuestiones relacionadas con el cuidado de la persona del niño constituyen funciones y competencias en lugar de derechos en el sentido estricto de la palabra y, en particular, el poder de decidir sobre su lugar de residencia que se ha caracterizado como un derecho subraya la amplitud con que se utiliza la palabra “derechos” en el Convenio. Es evidente que un tribunal puede tener asumida la competencia para determinar la residencia del menor, no con carácter general, sino sólo cuando se haya presentado una demanda ante el tribunal en el caso particular respecto a la custodia de uno o varios hijos.

No es esta la primera ocasión en que se califica el poder de decisión de un tribunal respecto a la residencia de un menor como “derecho de custodia” a los efectos de poner en marcha el Convenio. En el caso *C. v. C.* el Tribunal de Apelaciones en el Reino Unido también se había pronunciado en este sentido⁴². El derecho a elegir el lugar de residencia de un menor puede corresponder al tribunal, la madre, el padre, una institución protectora, o puede, como ocurría en el caso, tratarse de un derecho dividido: en la medida en que el niño residiera en Australia, el derecho de custodia correspondía a la madre; pero, en la medida en que cualquier cuestión se suscitara mientras el niño se encontrara fuera de Australia, constituía un derecho sujeto siempre, por supuesto, a la supervisión del tribunal. Del mismo modo volvió a considerar el Tribunal de Apelaciones que el derecho correspondía al Tribunal de

a los organismos que tienen personalidad jurídica, a otros que están vinculados a la organización estatal pero que carecen de personalidad jurídica independiente.

⁴¹ *Re H. (A Minor) (Abduction: Rights of Custody)* [2000] 2 AC 291. INCADAT: HC/E/UKe 268.

⁴² *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)* [1989] 1 WLR 654. INCADAT: HC/E/UKe 34.

Ontario en el caso *B. v. B.* cuando el niño de cinco años fue trasladado desde Canadá a Inglaterra por la madre⁴³.

En los Países Bajos no parece plantearse ninguna objeción al hecho de que la entidad pública de protección de menores tenga la custodia de una niña aunque concretamente en el caso *X.* (la Oficina de Atención al Menor {BJA}) contra *Y.* (la madre) el Tribunal concluyera que no tenía la custodia puesto que no había obligación de consultar el traslado de la niña⁴⁴. La niña –cuya custodia tenía la madre y un derecho de visitas, el padre– había sido puesta bajo la supervisión temporal de la Oficina de Atención al Menor (BJA). Conforme al Derecho de Holanda la entidad pública debía ofrecer ayuda y apoyo a la familia y sus decisiones respecto al menor podían limitar los derechos de custodia de los progenitores. Como la madre sustractora no estaba obligada a consultar a la BJA antes de abandonar el territorio de los Países Bajos y la Oficina no había dado ninguna instrucción sobre esta cuestión de la residencia de la niña, a juicio del Tribunal las facultades de la Oficina de Atención al Menor no podían considerarse derecho de custodia en el sentido del Convenio. Es preciso, por tanto, examinar las facultades que tiene atribuidas la entidad pública con el fin de calificar adecuadamente si se trata o no de derechos de custodia como son entendidos en el Convenio.

Además de los supuestos mencionados que estaban en la mente del legislador internacional durante la elaboración del texto convencional con mayor o menor precisión, pueden aparecer situaciones en las que no se podía pensar en aquellos momentos. Llama especialmente la atención la situación que se plantea en el ya citado caso *W. and B. v. H.* en 2002 a propósito de unos mellizos nacidos de una madre de alquiler⁴⁵. El contrato del vientre de alquiler se celebró en California entre un matrimonio californiano y una mujer inglesa; la madre sustituta inglesa llevaría en su vientre a embriones procedentes de óvulos de donante anónima fertilizados con esperma del marido de la pareja californiana. Tras la fecundación en California, la mujer inglesa regresaría a Inglaterra para pasar allí el embarazo, pero volvería a California para el nacimiento del bebé, que finalmente, como se ha adelantado, fueron dos. Durante el embarazo ya surgieron conflictos que llevaron a un tribunal de California a pronunciarse sobre la custodia de los niños que iban a nacer: la custodia legal y la guarda de cada uno de los menores después del nacimiento correspondía al matrimonio californiano; la madre sustituta no tenía ningún vínculo de madre-hijo/hija con ninguno de los menores y tampoco obligaciones o derechos propios de una relación padre/madre-hijo/hija con ninguno de los menores. Sin discutir la decisión del tribunal de California, la madre regresó a Inglaterra, decidió dar a luz allí y no volver a California. La pareja californiana solicitó la restitución de los niños en

⁴³ *B. v. B.* (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 32, [1993] 2 All ER 144, [1993] 1 FLR 238, [1993] Fam Law 198. INCADAT: HC/E/UKe 10. COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) Royal Courts of Justice 7 Mayo 1992.

⁴⁴ Caso *X.* (la Oficina de Atención al Menor {BJA}) contra *Y.* (la madre) (14 Abril 2000, ELRO nr: AA5523 Zaaknr.R99/111HR). INCADAT: HC/E/NL 315.

el marco del Convenio de La Haya. Aunque la decisión del Tribunal inglés se centró en la determinación de la residencia habitual de los mellizos, no pudo menos que señalar la presencia de un conflicto de leyes a causa de las diferencias significativas entre la legislación inglesa y la californiana en la consideración de los derechos de custodia. Las obligaciones derivadas del contrato del vientre de alquiler eran exigibles conforme a la ley de California pero no a la ley de Inglaterra, ya que esta última atribuía todos los derechos a la madre sustituta aunque el padre pudiera solicitar que le fuera reconocida su responsabilidad parental. Finalmente el tribunal concluyó que no era aplicable el Convenio de La Haya, aunque calificó como “pírrica” la victoria de la madre inglesa⁴⁶.

II.5. Los llamados derechos de custodia “imperfectos”

Mención especial merecen los llamados “derechos de custodia imperfectos”. Reciben este nombre de “derechos de custodia imperfectos” los derechos que hacen valer los solicitantes de la restitución que han cuidado activamente de menores trasladados o retenidos pero que carecen de derechos de custodia legales. Por primera vez se amparó una solicitud de restitución sobre la base de estos derechos en una decisión inglesa de 1994: *Re B.*⁴⁷. Se trataba de un niño de algo más de seis años que había vivido toda su vida en Australia Occidental y, en los últimos meses anteriores al traslado, había convivido con su padre –persona principal a cuyo cargo se encontraba del niño-. Dado que los padres no estaban casados, con arreglo al Derecho aplicable el padre no tenía derechos de custodia legales respecto al niño. Antes de que la abuela materna se llevara al menor a Gales para visitar a la madre, el abogado del padre preparó el borrador de un acuerdo mediante el cual se establecía la responsabilidad parental conjunta de los padres en tanto que el padre tendría a su cargo la custodia exclusiva. Sin embargo, este acuerdo no fue aprobado por el tribunal local y por lo tanto no era ejecutable en virtud de la legislación de Australia

⁴⁵ *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008. [18/02/2002; High Court (England); First Instance]. INCADAT: HC/E/UKe 470.

⁴⁶ Planteada la cuestión posteriormente en otros términos al margen del Convenio de La Haya el Tribunal inglés determinó que California era la jurisdicción más conveniente para decidir el futuro de los mellizos. Era la jurisdicción en la cual vivían el padre biológico y su esposa, la jurisdicción donde se celebró el contrato del vientre de alquiler y, significativamente, la jurisdicción que había elegido la madre sustituta para plantear la cuestión de la custodia antes del nacimiento de los mellizos. Asimismo señaló que el caso tenía sólo una conexión accidental con Inglaterra, y que, sobre la base del respeto mutuo entre los Estados, el Tribunal Superior debía confiar en que el tribunal de California actuaría de forma congruente con el interés superior de los menores.

⁴⁷ *B. (A Minor) (Abduction)* [1994] 2 FLR 249. INCADAT: HC/E/UKe 4. A esta resolución le siguieron otras en esa misma jurisdicción: *Re O. (Child Abduction: Custody Rights)* [1997] 2 FLR 702, [1997] Fam Law 781 [INCADAT: HC/E/UKe 5] en la que se reconoce que, si bien los abuelos no tenían derechos “legales” de custodia, su ejercicio total de las responsabilidades parentales durante un período sustancial de tiempo fue suficiente para establecer sus derechos de custodia conjunta a los fines del Convenio y el juez de primera instancia sostuvo que estaba incluido en la definición de derechos de custodia incompletos; *Re G. (Abduction: Rights of Custody)* [2002] 2 FLR 703 [INCADAT: HC/E/UKe 505].

Occidental. Trasladado el niño a Gales y no devuelto, el padre solicitó la restitución por aplicación del Convenio. La mayoría de los miembros del Tribunal inglés que tuvo que pronunciarse sobre la restitución del menor consideró que el concepto de derecho de custodia, en el contexto del Convenio, debía interpretarse el modo más amplio posible. En particular debía extenderse a los derechos de custodia no reconocidos por la ley pero que, a juicio del tribunal competente, podían ser confirmados como derechos en interés del menor⁴⁸. El rol desempeñado por el padre fue suficiente para atribuirle los derechos de custodia. No obstante, añade el Tribunal, esta cuestión debe determinarse a la luz de las circunstancias de cada caso.

Esta doctrina de los “derechos de custodia impropios” no ha dejado de ser discutida, incluso dentro de la jurisdicción inglesa. En el caso *Re J. (1999)*⁴⁹, se puso en duda si el concepto era congruente con la decisión de la Cámara de los Lores en *Re J. (1990)*⁵⁰ donde se sostuvo que la custodia *de facto* no era suficiente para constituir derechos de custodia a los fines del Convenio. El Tribunal Supremo de Irlanda rechazó fundamentar la restitución en estos pretendidos derechos impropios en el caso *H.I. v. M.G.* considerando que el traslado no podía ser calificado de ilícito⁵¹. Si bien se debía dar al Convenio una interpretación teleológica y flexible, la mayoría de los miembros del Tribunal entendió que sería ir demasiado lejos aceptar que hay una zona indefinida de derechos de custodia incipientes no atribuidos de ninguna manera por la ley del Estado solicitante a la parte que los hace valer o al tribunal mismo, pero que el tribunal del Estado al que se hace la petición considera que se pueden proteger conforme a los términos del Convenio. Sin embargo, un voto particular sostuvo que el padre sí tenía derechos de custodia. Llegó a esta conclusión sobre la base de que se había aceptado que el interesado era el padre del menor y en consecuencia era irrelevante que no se hubiera realizado una declaración de paternidad, lo que le hubiera otorgado formalmente los derechos de custodia legal conforme a las leyes de Nueva York. El voto particular sostuvo además que la existencia de derechos legales de custodia no era el punto de inicio adecuado para una reclamación conforme al Convenio, más bien debería determinarse primero qué derechos realmente se ejercían a la fecha de la sustracción y decidir después si se trataba de derechos de custodia dentro del sentido del Convenio. Sólo entonces sería necesario considerar la situación legal.

⁴⁸ La opinión disidente sostenía que el padre no tenía derecho de custodia alguno y por consiguiente no se había producido un traslado o retención ilícita.

⁴⁹ *Re J. (Abduction: Declaration of Wrongful Removal)* [1999] 2 FLR 653; INCADAT: HC/E/UKe 265. En el caso el padre probó que había tomado parte activa en el cuidado de su hijo entendiendo que esto sería suficiente para poner en marcha el convenio pues sus facultades eran equiparables a los derechos de custodia.

⁵⁰ *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom *C. v. S. (A Minor) (Abduction)*. INCADAT: HC/E/UKe 2. En el momento del traslado, la madre tenía la custodia exclusiva del menor. El Tribunal entiende que la atribución posterior de los derechos de custodia al padre no puede convertir en ilícito el traslado. Los tribunales del Reino Unido no estaban obligados por la resolución del tribunal australiano en este aspecto.

⁵¹ *H.I. v. M.G.* [1999] 2 ILRM 1; [2000] 1 IR 110. INCADAT: HC/E/IE 284.

Los derechos de custodia llamados imperfectos vuelven a suscitarse en el caso A. A. v. A. S. H. a propósito de los hijos de una pareja de musulmanes, él británico y ella holandesa, unidos en matrimonio por una ceremonia islámica no reconocida como matrimonio válido por el Derecho inglés. La madre sustractora sostenía que el padre no tenía responsabilidad parental puesto que la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro en la que consta él como padre no resulta suficiente para atribuir derechos de custodia en el sentido del Convenio de La Haya. El Tribunal examina las vías que el Derecho inglés ofrece a un padre extramatrimonial para adquirir la responsabilidad parental: a través de un acuerdo con la madre, por un pronunciamiento judicial, por la obtención de una decisión de residencia que comprende automáticamente la garantía de la responsabilidad parental y, finalmente, a través de la solicitud de que figure el nombre del padre en el certificado de nacimiento del Registro. El Tribunal considera en su sentencia que el padre no tenía ni responsabilidad parental ni derechos de custodia porque *de facto* no compartió el cuidado del hijo con la madre ni concurrieron otros factores a los que podía atenderse. Tampoco le correspondía al padre decidir la residencia del menor. En resumen, el padre no disfrutaba de derechos de custodia “imperfectos”⁵².

Resulta muy interesante en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010 dictada en el caso J. McB. V. L. E. en la que se responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Irlanda⁵³: El alto tribunal irlandés plantea el problema en los siguientes términos: ¿Impide el Reglamento nº 2201/2003 a un Estado miembro exigir en su ordenamiento jurídico que el padre de un menor que no está casado con la madre deba obtener una decisión de un tribunal competente que le conceda la guarda y custodia de dicho menor con el fin de considerar que tiene el “derecho de custodia” que determina el carácter ilícito del traslado de ese hijo desde su Estado de residencia habitual, a efectos del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento? El concepto de derechos de custodia del Reglamento es autónomo respecto de los Derechos de los Estados Miembros. A juicio del Tribunal de Luxemburgo “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar”. No obstante, el carácter ilícito del traslado o retención está vinculado a la existencia de un derecho de custodia adquirido por mandato de la ley, por resolución judicial o por acuerdo con efectos jurídicos conforme a la legislación del Estado miembro en el que

⁵² A. A. v. A. S. H. (Registrar General for England and Wales and the Secretary for Justice) [2009] EWHC 636 (Fam.). INCADAT: HC/E/UKe 1019.

⁵³ Asunto C-400/10 PPU.

el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención. Corresponde por tanto al Derecho de la residencia del menor determinar las condiciones en las que el padre biológico adquiere el derecho de custodia de su hijo. A efectos de aplicar el Reglamento nº 2201/2003 para determinar el carácter ilícito del traslado de un menor, al que su madre lleva a otro Estado miembro, el padre biológico de dicho menor debe tener el derecho de dirigirse al órgano jurisdiccional estatal competente, antes del traslado, para solicitar que se le conceda el derecho de custodia de su hijo, lo que constituye la propia esencia del derecho de un padre biológico a una vida privada y familiar en tal contexto. Ha considerado el Tribunal, sin embargo, que el hecho de que el padre biológico no tenga, a diferencia de la madre, automáticamente un derecho de custodia de su hijo en el sentido del artículo 2 del Reglamento no afecta al contenido esencial de su derecho a la vida privada y familiar. No se desvirtúa el derecho si el padre que no realiza los trámites para la obtención del derecho de custodia en el momento oportuno, se ve en la imposibilidad, en caso de traslado del menor a otro Estado miembro por su madre, de conseguir la restitución de dicho menor al Estado miembro en el que se encontraba su anterior residencia habitual. Y concluye el Tribunal afirmando que el Reglamento no se opone a que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro supedite la adquisición del derecho de custodia por el padre de un menor que no está casado con la madre del niño, a que el padre obtenga una resolución del órgano jurisdiccional estatal competente que le confiera tal derecho que puede hacer ilícito, en el sentido del artículo 2, número 11, de dicho Reglamento, el traslado del menor por su madre o la no restitución de éste⁵⁴.

II.6 Determinación del contenido y la titularidad del derecho de custodia: la cuestión de la ley aplicable

Para determinar si el traslado o retención es lícito o ilícito, es preciso conocer la regulación que hace del derecho de custodia el ordenamiento aplicable. Para valorar la infracción del derecho de custodia, el artículo 3 del Convenio remite al Derecho

⁵⁴ Toma en consideración el Tribunal la gran diversidad de relaciones fuera del matrimonio y de las relaciones de los progenitores con sus hijos que resulta de ello, diversidad evocada por el órgano jurisdiccional nacional en su resolución de remisión, que se traduce en un reconocimiento diferenciado de la extensión y del reparto de las responsabilidades parentales dentro de los Estados miembros. Por ello, el artículo 24 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no se opone, a efectos de la aplicación del Reglamento nº 2201/2003, a que el derecho de custodia se conceda, en principio, exclusivamente a la madre y que un padre biológico sólo disponga de un derecho de custodia en virtud de una resolución judicial. Tal exigencia permite, en efecto, al órgano jurisdiccional nacional competente tomar una decisión sobre la custodia del menor, así como sobre el derecho de visita a este, teniendo en cuenta todos los datos pertinentes, tales como los mencionados por el órgano jurisdiccional remitente, y, en particular, las circunstancias que rodearon el nacimiento del menor, la naturaleza de la relación entre los padres, la relación entre cada progenitor y el menor, así como la aptitud de cada uno de los progenitores para asumir la carga de la custodia. Al tener en cuenta estos datos se protege el interés superior del menor, de conformidad con el artículo 24, apartado 2, de la Carta.

vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención. Esta invocación del Derecho de la residencia habitual del menor es todo lo amplia que puede ser. Igualmente, las fuentes de las que puede proceder son todas aquellas que pueden fundamentar una reclamación en el marco del sistema jurídico en cuestión. Se protege el derecho de custodia tanto si resulta de una atribución de pleno derecho como de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor. La enumeración que efectúa el artículo 3.2 no es exhaustiva y el texto induce a pensar en la posible existencia de otros títulos no recogidos en él. Ciertamente las fuentes elegidas cubren un amplio abanico jurídico y el carácter parcial que se destaca debe entenderse como favorable a una interpretación flexible de los conceptos utilizados, que les permita abarcar el máximo posible de hipótesis⁵⁵.

La custodia establecida en la ley puede venir regulada por la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor, pero también por la ley designada por las normas de conflicto del Estado de la residencia habitual del menor⁵⁶.

Por lo que respecta a las resoluciones judiciales o administrativas que dan soporte al derecho de custodia, es preciso entender que el término resolución cubre cualquier decisión o elemento de una decisión en relación con la custodia del menor, que puede haber sido dictada por los tribunales de la residencia habitual del menor o por los de un Estado tercero (sin que el Convenio exija que la resolución haya sido formalmente reconocida). Basta con que la resolución sea considerada como tal por el Estado de la residencia habitual, es decir que presente, en principio, las características mínimas para poner en marcha un procedimiento con vistas a su homologación o reconocimiento⁵⁷.

En lo que respecta a los acuerdos vigentes, estos acuerdos pueden ser simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores. Debe quedar incluido cualquier acuerdo que no esté prohibido en el Derecho aplicable y que pueda servir de base a una pretensión jurídica ante las autoridades competentes⁵⁸.

La custodia de hecho ejercida puede quedar legitimada por el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor o por la ley designada por sus normas de conflicto. La elección entre estas alternativas corresponde a las autoridades del Estado de que se trate aunque el espíritu del Convenio parece inclinarse por la ley que legitime la custodia efectivamente ejercida⁵⁹.

Como hemos señalado, para determinar si el traslado o retención es lícito o ilícito, es preciso conocer la regulación que hace del derecho de custodia el ordenamiento aplicable. Que sea el Derecho de la residencia del menor, bien el Derecho material,

⁵⁵ E. PÉREZ VERA. *Informe Explicativo*. §67.

⁵⁶ E. PÉREZ VERA. *Informe Explicativo*. §68.

⁵⁷ E. PÉREZ VERA. *Informe Explicativo*. §69.

⁵⁸ E. PÉREZ VERA. *Informe Explicativo*. §70.

⁵⁹ E. PÉREZ VERA. *Informe Explicativo*. §70.

bien el determinado por sus normas de conflicto de leyes, conduce a la aplicación de un Derecho extranjero para determinar el contenido y la titularidad del derecho de custodia. Conforme al artículo 14 del Convenio, “para determinar la existencia de un traslado o una retención ilícitos en el sentido del artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin que tengan 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”. Se dota al sistema de una flexibilidad de la que no disfruta el conocimiento del Derecho extranjero y la eficacia de las decisiones en otros ámbitos.

No obstante, con el fin de que pueda aplicarse un Derecho extranjero se ha previsto que la Autoridad Central tenga, entre las obligaciones que le impone el artículo 7 del Convenio, la de facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio. Puede servir de ejemplo del papel que está llamada a desempeñar la Autoridad Central en este terreno, la intervención de la española en el caso *M. v. K.* de 20 de junio de 2000⁶⁰. Sobre la base del Derecho aportado por la Autoridad Central española, el Tribunal Supremo de Islandia fundamenta su fallo considerando ilícito el traslado de dos chicos a Islandia. La madre había expresado que tenía la custodia exclusiva y que, por ello, estaba autorizada a decidir dónde residirían los menores. El padre aportó, entre otras pruebas, las declaraciones de un Juez español y de la Autoridad Central española respecto a la legislación en materia de custodia en España. Habiendo recibido información de la Autoridad Central de España sobre la naturaleza de derechos de custodia en el Derecho español, el tribunal consideró acertadamente que la patria potestad de que gozaba el padre equivalía al derecho de custodia a los fines del Convenio puesto que en España cuando el padre no custodio conserva la patria potestad, tiene la custodia en el sentido del Convenio.

II.7. El derecho de custodia en el Código civil

La calificación que interesa del derecho de custodia a los efectos de determinar si el traslado o la retención son ilícitos según el Convenio es, ya lo hemos indicado, una calificación autónoma y no la propia de cada Estado Parte. Cuando el juez español debe pronunciarse sobre un supuesto de sustracción internacional que cae dentro del ámbito de aplicación del Convenio, el concepto de custodia que debe utilizar es el del artículo 5.a) del Convenio: El «derecho de custodia» comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

⁶⁰ *M. v. K.*, 20/06/2000; Tribunal Supremo de Islandia. INCADAT: HC/E/IS 363.

Pese a esta calificación autónoma, es frecuente que nuestros tribunales recurran a los conceptos del Derecho interno, cuyo contenido no coincide con el que el Convenio ha querido dar a la custodia. En este epígrafe pretendemos aclarar de qué estamos hablando cuando nos referimos al derecho de custodia en el Derecho español y cuál es el equivalente del derecho de custodia del Convenio en nuestro sistema.

En el Derecho español son utilizadas distintas expresiones para referirse a las facultades y deberes que vinculan a los padres con sus hijos: patria potestad, autoridad parental, responsabilidad parental, guarda, custodia, visitas. La definición que corresponde a cada uno de estos términos no puede encontrarse en la ley y los contornos de las diferentes figuras resultan imprecisos y confusos⁶¹.

El texto original del Código Civil empleaba distintas expresiones para referirse a la situación en que se encontraba el progenitor respecto a sus hijos menores como “cuidado de los hijos”, “poner a los hijos bajo la potestad y protección” o “tenerlos en su compañía”. Hasta 1981 utilizando las mencionadas expresiones la patria potestad se concebía como un poder del padre que sólo subsidiariamente corresponde a la madre. A partir de esa fecha la patria potestad es un derecho-deber de ambos progenitores que ejercen conjuntamente ambos o uno con el consentimiento del otro⁶². Las reformas posteriores del Código han venido a profundizar en la corresponsabilidad en la patria potestad de los padres respecto a los hijos. Junto a la patria potestad, las facultades o ciertas facultades que corresponden a los padres son denominadas derecho de guarda y custodia en nuestro sistema aunque, como diremos más adelante, no tienen reflejo en el Código.

A la vista de las dificultades que en la práctica se encuentran para determinar a quién corresponde decidir un cambio en la residencia habitual del menor y qué facultades son afectadas, las de la patria potestad o las de la guarda y custodia, vamos a revisar cómo se entienden las dos figuras en el Código Civil.

La patria potestad puede definirse como una función tuitiva genérica que reconoce la ley a ambos progenitores en relación con los hijos menores o incapacitados⁶³. El Código Civil señala en su artículo 154 las características y funciones de la patria potestad:

“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

⁶¹ Véase la reflexión de SAINZ TORRES, M. en LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 230.

⁶² Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁶³ MAGAZ SANGRO, C. “La patria potestad en los pleitos matrimoniales”, en TORRENTE, J. (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, pp. 99-101.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- I. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- II. 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”.

La ley confiere a los padres unos derechos-función con el fin de asegurar el cumplimiento por los padres de las cargas que sobre ellos pesan. Esta potestad, la patria potestad que cada vez más entendemos como una responsabilidad parental que corresponde al padre y a la madre, es irrenunciable. Como regla general, cuando la filiación está determinada, la titularidad de la patria potestad es conjunta, es decir corresponde a ambos progenitores, con independencia de que exista o no matrimonio entre ellos. Aunque el artículo 156 establece en su texto para el ejercicio conjunto de la patria potestad en caso de que alguno de los padres no conviva con el hijo que el Juez, a solicitud fundada del 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, en la generalidad de los casos que pasan por un proceso de separación o divorcio se establece el ejercicio conjunto.

La patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades, el de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Cuando se rompe la convivencia entre los padres (y cuando no se ha dado tal convivencia en ningún momento pero la filiación ha sido determinada) el ejercicio de estos deberes debe distribuirse entre ambos progenitores o se mantendrá conjuntamente en aquellos aspectos que no requieran distribución.

Respecto al ejercicio de la patria potestad, el artículo 156 señala: “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 podrán 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 atribuirle 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”.

La ruptura de la pareja no tiene consecuencias inmediatas respecto a la titularidad de la patria potestad, aunque sí pueda tenerlas respecto a su ejercicio. Los dos progenitores, tras la ruptura, seguirán ostentando la patria potestad aunque varíe la forma en que se desarrolle su ejercicio. Así se establece en el artículo 92.1 del Código Civil (“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”) añadiendo seguidamente en el artículo 92.3 que la privación de la patria potestad requiere de un proceso en el que se revele causa para ello. Los padres pueden acordar o el juez puede decidir que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. En esta línea ha avanzado la reforma del Código Civil de 2005, que refuerza la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad y subraya como punto de partida la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de la patria potestad⁶⁴. Como bien señala Santana Páez, aunque la reforma no representa un cambio sustancial respecto a la situación anterior, parece indiscutible que la ley puede servir para recalcar que la patria potestad es una función al servicio de los hijos que los padres no pierden tras la separación y que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden⁶⁵.

En los procesos matrimoniales los tribunales se pronuncian habitualmente, según testimonia Zarraluqui, por mantener la patria potestad compartida y sólo en contadas ocasiones determinan el ejercicio por uno solo de los cónyuges con carácter general o para ciertas materias. Apostilla este autor que “de esta forma se hace posible que en

⁶⁴ La Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, expresa bien la filosofía a la que responde su articulado:

“Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio o interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos en forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el otro progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad”.

⁶⁵ SANTANA PÁEZ, E. “La patria potestad”, en HIJAS FERNÁNDEZ, E. (coord.) Los procesos de familia: una visión judicial. 2ª Ed. Colex, Madrid, 2009, p. 755.

la alternancia de convivencias que se produce en el sistema de estancias a favor del que no ostenta la custodia, puede ejercitar aquellas facultades y deberes en que no es precisa la concurrencia de ambos”⁶⁶.

Veamos ahora el otro concepto que nos ocupa: la guarda y custodia. Los civilistas han empleado habitualmente la expresión “guarda y custodia” como si de dos potestades respecto de los hijos se tratara. Lo más curioso es que los dos términos empleados de forma conjunta, uno de la mano del otro, no tienen soporte legal hasta que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 los introduce en los artículos 748, 769 y 770. Es curioso también que vayan de la mano las dos palabras sin que entre el concepto de guarda y el de custodia quepa hacer diferencia. De forma conjunta no encontramos unidas estas dos expresiones en el Código Civil. Sin embargo, su utilización en la práctica en los escritos de los letrados, las resoluciones judiciales y los estudios jurídicos es muy frecuente⁶⁷.

La guarda y custodia se define, según Cossío Martínez, como una de las funciones implícitas en la patria potestad que al romperse la pareja se desgaja para pasar a ser un derecho-deber independiente cuyo contenido fundamental es la dispensación de toda clase de cuidados a los hijos y tenerlos en su compañía⁶⁸. Para Echarte Feliú la definición se refiere al mundo de lo fáctico: no es más que la convivencia física habitual con el menor, perteneciendo siempre a ambos progenitores el deber de tener a sus hijos en su compañía⁶⁹. Ragel Sánchez vincula la guarda y custodia a la convivencia del menor con su progenitor o sus progenitores que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral del menor por parte de éstos, dándole así un contenido más extenso⁷⁰.

Marta Sainz tratando de clarificar las figuras a que nos referimos considera que “la atribución de la custodia a uno de los progenitores no supone, de ningún modo que se asigne a éste, de forma exclusiva, ni el deber de velar y cuidar de los hijos ni el de tener a los hijos en su compañía, privándose al otro del ejercicio de dichas funciones. (...) la atribución de la guarda a uno de los padres no afecta en forma alguna –más allá de la mera distribución del tiempo de estancia con los hijos– a la patria potestad”⁷¹. Insiste en esta misma consideración Santana Páez señalando que la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores significa encomendar el

⁶⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “El menor en las crisis familiares”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MAYORAL NARROS, I. (coords.) *Jornadas sobre Derecho de los Menores*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2003, p. 172.

⁶⁷ Generalmente, y en ello estamos de acuerdo con RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “La guardia y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 15. Enero-Diciembre 2001, p. 284, se reserva la expresión “guarda y custodia” a la que ejercen los progenitores mientras que se habla sólo de guarda cuando la ejerce un tercero.

⁶⁸ COSSÍO MARTÍNEZ, M. DE, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*. McGraw Hill. Madrid, 1997, p. 18.

⁶⁹ ECHARTE FELIÚ, A. M. *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Comares. Granada, 2000, p. 64.

⁷⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. “La guardia y custodia de los hijos...”, cit., p. 289.

⁷¹ SAINZ TORRES, M. en LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 231.

cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores o a ambos de forma alterna, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos de forma simultánea⁷². Se habla del reparto del tiempo –repiten unos y otros autores- que pasarán los hijos con cada uno de los progenitores. La calidad de la relación entre padres e hijos mientras conviven es la misma; la decisión que se produce no es cuestión de calidad sino de tiempo. Si se garantiza que la patria potestad se ejerce de facto por ambos progenitores, lo que discuten los padres y llega a los procesos ante los tribunales es el reparto de tiempos y estancias de los hijos y el ejercicio responsable de los deberes paterno-filiales, que no deben ser monopolizados por uno de los padres en detrimento del otro. Afirma Santana Páez que “la diferencia esencial, desde un punto de vista legal, no fáctico, entre el progenitor custodio y el progenitor no custodio no son ni eran tanto las funciones como los tiempos de estancia del menor en su compañía”⁷³.

Las sentencias al poner fin a la vida de la pareja en los casos en que había convivencia familiar entre los padres y los hijos, resuelven sobre la patria potestad y acuerdan normalmente que se mantenga en ambos progenitores, que la ejercerán de forma conjunta. Normalmente también la sentencia establece además que los hijos queden bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores y al otro le concede un régimen de visitas, estancias y comunicaciones.

Para responder a la cuestión de si corresponde al progenitor custodio el derecho a fijar la residencia del menor, teniendo en cuenta que tal residencia coincide con la que el custodio fije para sí, es necesario aclarar si esta facultad forma parte de las que componen la patria potestad o si se trata de una facultad integrada en el derecho de custodia.

La Audiencia Provincial (en adelante, “AP”) de Madrid hace una aclaración sobre la consideración de esta facultad como parte de la patria potestad y no de la custodia en su Sentencia de 1 de junio de 2004⁷⁴. Merece la pena recoger parte de sus considerandos a continuación: “...al contrario de lo que sostiene la parte recurrente, la función de custodia atribuida a uno de los progenitores, máxime cuando, conforme a lo dicho, es compartida en fines de semana y períodos vacacionales, con el otro procreador, no conlleva una facultad de decisión omnímoda respecto de la común descendencia, hasta el punto de, cual en el caso se pretende, poder fijar libremente la residencia del menor, dado que, en determinados supuestos, ello conllevaría la vulneración de los derechos del otro padre y, en especial, los del propio menor, en orden al mantenimiento de una relación fluida y frecuente con aquel de cuya compañía cotidiana ha sido inocentemente privado, al constituir tales contactos un factor de decisiva importancia en orden al desarrollo y formación, en sus diversos aspectos, del sujeto infantil. (...) En definitiva, la cuestión suscitada afecta no sólo a

⁷² SANTANA PÁEZ, E. “La patria potestad...”, cit., p. 791.

⁷³ SANTANA PÁEZ, E. “La patria potestad...”, cit., p. 755.

⁷⁴ W. JUR 2004 315962.

la custodia del menor, que de otro lado no otorga facultades absolutas sobre el mismo al progenitor guardador, a tenor de lo dicho, sino también a la función de la patria potestad, que siguen ostentando ambos litigantes, y que conlleva derechos y deberes para el no custodio, relativos a velar por el menor y tenerlo en su compañía, al menos durante el régimen de visitas (artículo 154 CC), que no pueden ser excluidos, de modo indirecto, por la actuación unilateral del padre o madre en cuya compañía cotidiana reside el sujeto infantil. En efecto, a falta de acuerdo entre ambos progenitores, ha de someterse al Juez cualquier decisión de trascendencia para el menor, de conformidad con lo que previene el artículo 156 del repetido Código. No puede excluirse de dicho ámbito jurídico la determinación del lugar de residencia habitual del hijo, especialmente cuando la misma pudiera establecerse fuera del territorio nacional, y en un país tan alejado como Costa Rica, como en el caso se apunta en los alegatos del promotor de este expediente...”.

Mientras que el progenitor que tiene la guarda y custodia tiene encomendadas las facultades relacionadas con el cuidado cotidiano de los hijos, el otro progenitor que conserva la patria potestad debe poder participar en las decisiones que tienen más trascendencia pues éstas continúan formando parte de la patria potestad. Parece indudable que el cambio de la residencia habitual del menor, trasladándole al extranjero sin contar con el consentimiento del otro progenitor es una decisión de trascendencia. El menor es separado de su entorno habitual (colegio, amigos, vecinos...) y el traslado altera unilateralmente el régimen de relaciones con el otro progenitor impidiendo o dificultando el mantenimiento del contacto entre ambos.

De lo dicho parece claro que podemos concluir que el contenido mínimo del derecho de custodia en el Convenio se corresponde, en principio, con el contenido de la patria potestad en nuestro sistema y no con el concepto interno del derecho de custodia que viene referido a las facultades que corresponden al guardador mientras ejerce la guarda del hijo.

III. Jurisprudencia española sobre el concepto de “derecho de custodia”

Una vez analizadas las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales entre 2001 y 2010 en aplicación del Convenio de La Haya de 1980, cabe destacar importantes diferencias en la interpretación del concepto de “derecho de custodia”. Pueden distinguirse, en este sentido, tres grupos de resoluciones. En el primero, se efectúa una interpretación ajustada a la letra y a los fines del Convenio. En el segundo, la interpretación se acomoda más bien al Derecho español, lo que impide, en ciertos casos al menos, la consecución de dichos fines. Y finalmente, en un tercer grupo, la interpretación del concepto beneficia al progenitor responsable de la sustracción, lo que naturalmente es erróneo y puede entrañar un grave perjuicio para el menor sustraído y, en definitiva, el incumplimiento del Convenio de 1980. Las resoluciones encuadrables en este último grupo constituyen una minoría frente a las

demás, que se distribuyen aproximadamente por mitad entre los dos primeros. Se añadirá una valoración de los autos de los grupos segundo y tercero que utilizan como argumento para justificar la sustracción el ejercicio por el progenitor sustractor del derecho fundamental a la libre elección de residencia garantizado por el artículo 19 de la Constitución española.

Seguidamente se presentan y analizan las resoluciones correspondientes.

III.1. Interpretación ajustada al Convenio

Buen ejemplo de resolución que se ajusta a la letra y a los fines del CLH es el Auto de la AP de Barcelona de 4 de abril de 2006⁷⁵. Se confirma en él la restitución de dos menores a su padre en Alemania. La retención de los mismos en España por la madre, sin consentimiento del padre, con ocasión de un viaje familiar, se considera ilícita por infringir el derecho de custodia que a ambos progenitores reconoce el Código Civil alemán. Destaca el tribunal que, en cualquier caso, el concepto de custodia del CLH (art. 3 y 5) es “muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia”. La separación de hecho inmediatamente anterior al viaje, invocada por la madre, no entrañaría, por otro lado, la atribución a ésta de la custodia con el derecho a decidir el lugar de residencia de sus hijos. Se añade, “con carácter ilustrativo”, que habría igualmente infracción del derecho de custodia “en aquellos supuestos en que existiendo una resolución judicial en que se atribuye la custodia a uno de los progenitores, y un derecho de visita al otro, el progenitor custodio traslada la residencia de los menores a otro país, sin el consentimiento del otro, cuando no se le ha atribuido el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos”. Puntualiza la AP, finalmente, que el interés del menor, alegado por la madre para justificar el retorno de los niños, que han vuelto a Alemania, no puede invocarse como categoría abstracta, sino a través de la concreción o reflejo del mismo en las excepciones que el propio CLH admite pero no son aplicables al caso.

Precisamente en el supuesto mencionado en la resolución anterior a efectos de ilustración, y con cita expresa de la misma, la AP de Santa Cruz de Tenerife dicta el Auto de 12 de mayo de 2008⁷⁶, por el que se considera procedente la restitución de una menor a Francia. Una sentencia francesa ha establecido, junto a un derecho de visita en favor del padre, que la niña resida en el domicilio de la madre en Francia, sin que este domicilio pueda modificarse sin consentimiento del padre o resolución judicial. En consecuencia, la decisión de trasladarse a España con su hija, adoptada por la madre de manera unilateral, entraña una infracción del derecho de custodia del padre en el sentido del CLH, y obliga a calificar el traslado como ilícito. A la argumentación fundada en los artículos 3 y 5 del Convenio se une aquí una referencia

⁷⁵ W. JUR 2007 86524.

⁷⁶ W. JUR 2008 251431.

a la precisión contenida en la definición de “traslado o retención ilícitos de un menor” en el artículo 2.11.b del RBII: “Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta 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”.

La diferencia entre los conceptos de “derecho de custodia” del CLH y del Derecho español se pone particularmente de relieve en el Auto de la AP de Las Palmas de 19 de diciembre de 2008⁷⁷: el concepto del Convenio “es más amplio que el que en la legislación española se entiende por tal –la guarda principal del hijo conforme al art. 91 y ss. del CC, diferenciado del derecho de visitas del no custodio del art. 94 del CC–, ya que el concepto de custodia en el Convenio comprende tanto la guarda como el mero derecho de comunicación y visitas, incluyendo en particular conforme al art. 5 el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor”. En este caso, a pesar de ser indudable el carácter ilícito del traslado de la menor a España por su madre alemana, se ha denegado el retorno a Alemania solicitado por el padre. En primera instancia se considera equivocadamente que el padre, en la medida en que, de acuerdo con lo previsto en la sentencia alemana de divorcio, visita a su hija únicamente un día por semana, no ejerce efectivamente el derecho de custodia, por lo que concurre la causa de no restitución del artículo 13 a del CLH. En apelación la AP adopta como punto de partida el interés del menor, “parámetro de decisión judicial” en estos procedimientos, que se plasma en las excepciones a la restitución de los artículos 12 y 13 del Convenio. Corrige, a continuación, la interpretación errónea del Juez y sostiene, con arreglo al concepto convencional, que el cumplimiento regular de las visitas supone ejercicio efectivo del derecho de custodia. El tribunal confirma, no obstante, la resolución de no restitución en virtud de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo segundo: ha transcurrido más de un año desde el traslado y la menor se encuentra integrada en su nuevo medio.

El incumplimiento de los plazos establecidos en la legislación procesal española es con frecuencia la causa de que, en casos de traslado o retención claramente ilícitos, no pueda aplicarse la regla del párrafo primero del mencionado artículo 12, que dispone la restitución inmediata del menor si en la fecha de iniciación del procedimiento no ha transcurrido un año desde el traslado o retención. El transcurso del tiempo propicia, como es natural, la integración del menor en España y puede hacer inconveniente la restitución del menor al Estado de su residencia habitual. El ejemplo más extremo se encuentra quizá en el Auto de la AP de Barcelona de 12 de mayo de 2004⁷⁸. En el caso se ha atribuido judicialmente la custodia de la menor al padre con consentimiento de la madre. Ésta se traslada con su hija a España sin autorización del otro progenitor, que ejerce el derecho de custodia, por lo que el tribunal no duda a la hora de calificar dicho traslado como ilícito en los términos del

⁷⁷ W. AC 2009 202.

⁷⁸ W. AC 2004 919.

CLH. Sin embargo, no tiene más remedio que confirmar la resolución inicial de no retorno de la niña a Colombia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 b del Convenio: la menor tenía dos años y medio al llegar a España y han transcurrido más de cinco años desde entonces, por lo que existe un grave riesgo de que en caso de restitución se exponga a la misma a un sufrimiento psíquico muy importante debido a la ruptura de su entorno social. Esta “lamentable” dilación responde, según la AP, a la “más bien lamentable” actuación del Juez de primera instancia, que, en particular, ha admitido pruebas a practicar mediante comisión rogatoria, pruebas que, además, ningún dato podían aportar (solicitud de que el padre reconozca que ha maltratado o abandonado a su hija y que es dado a la bebida).

En el Auto de la AP de Barcelona de 16 de abril de 2009⁷⁹ se entiende, sin embargo, que en las circunstancias del caso el retraso en la resolución del expediente no puede perjudicar los intereses de la parte amparada por el Convenio, es decir, de la menor sustraída, lo que conduce a la confirmación del retorno a Estados Unidos acordado por el Juez. El traslado en este supuesto es ilícito porque infringe la resolución californiana que atribuye la guarda conjunta a los dos progenitores y dispone, en particular, que la guarda corresponderá al padre si la niña es sacada por la madre de la región en que habitualmente reside.

En algunas resoluciones se destaca por otra parte que, con arreglo al artículo 19 del Convenio, se excluye del procedimiento de restitución el debate sobre las cuestiones de fondo relativas al derecho de custodia, que deben decidirse por los órganos judiciales del Estado de la residencia habitual del menor: el procedimiento se encamina sólo a la determinación del carácter lícito o ilícito del traslado o retención, de manera que en el segundo caso pueda ordenarse el retorno del menor, a menos que concurra alguna de las excepciones previstas por el propio CLH. Por ejemplo en los autos siguientes: Tarragona, 3 de mayo de 2005; Madrid, 5 de septiembre de 2005; Las Palmas, 10 de marzo de 2009 y Barcelona, 21 de enero de 2010⁸⁰.

De acuerdo, finalmente, con el artículo 3 CLH, la verificación de la existencia de un derecho de custodia debe efectuarse con arreglo a la ley del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. En este sentido, debe destacarse el Auto de la AP de Barcelona de 1 de septiembre de 2010⁸¹. En él se confirma la restitución al Reino Unido de los hijos de un matrimonio de españoles que hasta la ruptura matrimonial han tenido su residencia habitual en dicho Estado. El padre, después de regresar a España, retiene aquí a sus hijos aprovechando el derecho de visita acordado por ambos progenitores, lo que constituye una infracción del derecho de custodia de la madre, pues falta el consentimiento de ésta para el cambio de la residencia habitual de los menores, exigido por el Derecho inglés. Desde este punto de vista, hay que resaltar la

⁷⁹ W. JUR 2009 394078.

⁸⁰ W. JUR 2005 171079; W. AC 2005 1564; W. AC 2009 1326; W. JUR 2010 149356.

⁸¹ W. JUR 2010 387472.

aplicación del Derecho portugués en el caso de dos menores con residencia habitual en Luxemburgo, resuelto por la AP de Pontevedra en su Auto de 26 de marzo de 2007⁸²: aunque el tribunal no lo justifica, se aplica el Derecho portugués por la remisión que efectúan al mismo, como ley nacional, las normas de conflicto luxemburguesas. La aplicación del Derecho de la residencia habitual con inclusión de su Derecho internacional privado se ajusta al CLH.

Otras resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales españolas aplican también correctamente el CLH. Cabe citar los autos de Zamora, de 30 de diciembre de 2003⁸³, Barcelona, de 16 de abril de 2004⁸⁴, y Almería, de 30 de abril de 2004⁸⁵. En un supuesto de traslado lícito, el Auto de la AP de Barcelona de 20 de diciembre de 2010⁸⁶, dictado en un procedimiento de modificación de medidas en materia de custodia, visitas y alimentos, en el que se ha aportado el dictamen de “una ius-internacionalista española”, se afirma que el CLH y el RBII utilizan un “concepto autónomo internacional de derecho de custodia”.

III.2. Interpretación según el Derecho español

La resolución más característica de este segundo grupo es seguramente el Auto de la AP de Castellón de 24 de julio de 2003⁸⁷. Se confirma en él la denegación del retorno de dos menores a Inglaterra acordada por el Juez de primera instancia. En la sentencia inglesa de divorcio se ha atribuido la custodia a la madre y se ha establecido un derecho de visita para el padre. Después de intentar sin éxito la autorización de los tribunales ingleses al efecto, la madre se traslada con sus hijos a España sin consentimiento del padre, lo que constituye un traslado ilícito de acuerdo con el CLH. La AP entiende, en cambio, y respaldando el criterio del Juez, que es la madre la que se hace cargo y cuida de los menores con arreglo a la sentencia de divorcio, y que por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio, no existe obligación de ordenar la restitución.

Se trata, en primer lugar, de una pobre argumentación, pues no se hace referencia a los artículos 3 y 5 del CLH, que son los que establecen cuándo se considera ilícito el traslado y qué se entiende por derecho de custodia a los efectos del Convenio. El tribunal, además, no interpreta bien este concepto, como prueba la alteración que se introduce en el texto del artículo 13: según la AP, el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución si la persona que se opone a la misma demuestra que la persona que se hubiera hecho cargo del menor ejercía de modo efectivo el derecho de

⁸² W. AC 2009 2143. En lo demás, la resolución no aplica correctamente el CLH, como luego se dirá.

⁸³ W. JUR 2003 124342.

⁸⁴ W. JUR 2004 162543.

⁸⁵ W. JUR 2004 194483.

⁸⁶ W. JUR 2011 88046.

⁸⁷ W. AC 2003 1095.

custodia en el momento en que fue trasladado; lo que se establece en el CLH es que no habrá obligación de restituir si el que se opone demuestra que el solicitante, que tiene derecho de custodia en el sentido del Convenio, no lo ejercía en dicho momento de modo efectivo. En los términos del caso, el tribunal considera que la madre ejercía efectivamente el derecho de custodia, por lo que no hay obligación de restituir; de acuerdo con la interpretación correcta, la progenitora tendría que haber demostrado que el padre, que tiene también derecho de custodia, no lo ejercía de modo efectivo. Prueba que no parece fácil en las circunstancias concretas, de modo que cabe concluir que tendría que haberse ordenado la restitución.

La respuesta de la AP de Castellón a los motivos del recurso, muy bien articulados, contiene graves errores. El más importante, el relativo a la ley aplicable. De acuerdo con el artículo 3 del Convenio, la existencia de un derecho de custodia debe verificarse con arreglo al Derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado, en el caso el Derecho inglés, que reconoce al padre el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos. El tribunal entiende sin embargo que “el juez español no está sujeto al Derecho inglés sino al Ordenamiento jurídico español, dentro del cual se encuentran los Tratados internacionales ratificados por España”, y considera que, dadas las diferencias entre las instituciones de los sistemas jurídicos español e inglés, “el juez español tiene que interpretar el concepto de custodia conforme a nuestro Ordenamiento”. Reconoce la AP que el CLH contiene disposiciones acerca del concepto de custodia, pero no atiende a ellas y resuelve según el Derecho español, lo que desde luego no se ajusta a los criterios vigentes sobre aplicación de los tratados. Un segundo error en dicha respuesta es el relacionado con la naturaleza del procedimiento establecido en el Convenio: lejos de limitarse a valorar la procedencia o improcedencia de la restitución, el tribunal entra en la cuestión de fondo al afirmar que el padre no quiere la guarda y custodia de sus hijos. Lo que el padre quiere es que sus hijos regresen al Estado de su residencia habitual para poder relacionarse con ellos como antes de la sustracción, de acuerdo con las resoluciones dictadas y que puedan dictar los tribunales ingleses, y esta pretensión encuentra amparo en el CLH.

Comparten varios aspectos dignos de resaltar la resolución anterior y la dictada por la AP de Valencia el 17 de enero de 2006 en el “asunto Carrascosa”, que tanta atención ha recibido de los medios de comunicación españoles. La niña protagonista del caso ha nacido del matrimonio de una española y un norteamericano, ambos con residencia habitual en los Estados Unidos. Tras la separación matrimonial, los cónyuges acuerdan que su hija menor quede al cuidado principal de su madre, que el padre tenga el cuidado de la misma fines de semana alternos y una tarde semanal y que ninguno de los progenitores pueda viajar con la niña fuera de una determinada región sin el consentimiento del otro. El acuerdo se celebra con arreglo al Derecho de la residencia habitual, Derecho de Nueva Jersey, que atribuye el cuidado del hijo menor a los dos progenitores. El viaje de la niña a España sin consentimiento de su

padre constituye un traslado ilícito de acuerdo con los artículos 3 y 5 del CLH, pues infringe el derecho de custodia que el padre venía ejerciendo de modo efectivo hasta ese momento.

En el Auto de Valencia, que confirma el del Juzgado en lo esencial, sí hay aplicación de esos artículos, pero equivocada. Llama la atención, en primer lugar, que se mutile el texto del artículo 3: del texto del CLH (“El derecho de custodia... puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado (Derecho de la residencia habitual)”), ha desaparecido en la resolución del tribunal la referencia a la atribución de pleno derecho. En el caso, como se ha dicho, hay atribución de pleno derecho del cuidado de la hija al padre y a la madre, y ambos acuerdan ejercerlo de la forma mencionada. Según el artículo 5 del CLH, a los efectos del Convenio el derecho de custodia comprende “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”, lo que permite afirmar que el padre, que goza de ambos derechos según el Derecho de Nueva Jersey, tiene derecho de custodia. Aquí se encuentra el segundo aspecto digno de destacarse: la Audiencia basa su razonamiento exclusivamente en el acuerdo, y entiende por un lado que en él, en la medida en que son reducidos los periodos de permanencia del padre con la menor, se atribuye la custodia a la madre, y por otro que es nulo, en tanto que limita el derecho a la libre elección de residencia y es por tanto contrario al orden público español, el pacto que exige el consentimiento del otro progenitor para viajar con la niña fuera de su región de residencia. A este segundo argumento, que no puede recibir una valoración positiva, se vuelve más adelante. Respecto del primero, es necesario resaltar que la interpretación es errónea, ya que se inspira en el Derecho español, y resulta contraria a la finalidad del CLH, que no es la de proteger al progenitor que tiene “más custodia” sino la de proteger, en ausencia de acuerdo, el derecho del menor a mantener su relación con los dos progenitores en su entorno habitual. Pero con estos fundamentos, en definitiva, la AP confirma la denegación del retorno acordada por el Juez⁸⁸.

Los errores en la interpretación del concepto de derecho de custodia del CLH se repiten en numerosas resoluciones. En el Auto de la AP de Madrid de 19 de julio de 2005⁸⁹ se afirma que no hay infracción del derecho porque “no consta que la tuviera atribuida (la custodia) el padre de manera definitiva y válidamente establecida; no se le ha privado al padre de poderla ejercer y se debe constituir previamente antes de plantearse estas cuestiones”. Parece exigirse, en la línea de algunos pronunciamientos anteriores al período aquí analizado, una resolución judicial de atribución de la

⁸⁸ Si los jueces españoles hubieran aplicado correctamente el CLH, apreciando el carácter ilícito del traslado y ordenando el retorno de la menor a Estados Unidos, no se habría llegado a la lamentable situación actual (mayo de 2011), en la que la menor afectada, que se encuentra en España, carece de relación con sus dos progenitores, que se encuentran en Estados Unidos (la madre en prisión).

⁸⁹ W. AC 2005 1630.

custodia al padre, lo que es contrario al artículo 3 del CLH, que se conforma con una atribución de pleno derecho por el Derecho aplicable. Y parece ignorarse que tiene derecho de custodia, en el sentido del CLH, el padre que, en los términos del Derecho español, tiene derecho de visita. Es verdad que se menciona, para justificar el viaje a España, una autorización judicial peruana, pero no se precisa el alcance de la misma. El tribunal demuestra su falta de conocimiento del Convenio, en particular de sus objetivos, definitivamente, cuando afirma que “quien ha traído a la menor Fiorella a España, no es cualquier persona, sino ni más ni menos que su madre”.

La autorización judicial para la salida o el consentimiento del otro progenitor deben interpretarse en sus propios términos, en ningún caso como justificantes de la retención ilícita del menor. No ocurre así en el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de septiembre de 2006⁹⁰, en el que el tribunal, además, se confunde en cuanto al concepto de custodia. La Audiencia, “atendiendo al valor que la ley reconoce a las presunciones judiciales”, concluye que “dada la ruptura de hecho del matrimonio, con domicilio distinto, la liquidación y reparto del patrimonio común, el traslado a Canarias de la madre y el hijo se hizo con consentimiento del padre que precisamente es el que los acompaña y lleva personalmente al aeropuerto”. Y añade que el padre no ha interesado en ningún momento la custodia del menor, y más bien se ha desentendido de ella, y que la finalidad que persigue va más bien dirigida al derecho de visita, en tanto que pretende un contacto razonable con el niño a su regreso pero admite que el niño siga residiendo con su madre. Este razonamiento no se ajusta al CLH, que se refiere al derecho de custodia en un sentido amplio, comprensivo del derecho que aquí reclama el padre, y no permite, como se ha dicho, entrar en la cuestión de fondo.

Los autos de Madrid, de 7 de febrero de 2005, y Málaga, de 11 de septiembre de 2006⁹¹, entre otros, coinciden en considerar, haciendo un uso desenfocado del lenguaje de nuestro Derecho, que la atribución de la custodia a uno de los progenitores (generalmente la madre) y un derecho de visita al otro (generalmente el padre) supone que sólo el primero tiene derecho de custodia de acuerdo con el Convenio. Por eso en algunas de esas resoluciones se considera probado que el padre no tenía derecho de custodia (de acuerdo con el CLH) en el momento del traslado o retención ilícitos si después le es atribuida la custodia (en el sentido español) por decisión judicial en el país extranjero correspondiente: autos de Pontevedra, de 26 de marzo de 2007, ya mencionado, y Asturias, de 30 de abril de 2007⁹².

Finalmente, en los autos de 12 de septiembre de 2008 y 16 de marzo de 2009⁹³ la AP de Sevilla, dando por supuesto el carácter ilícito de la retención o traslado, prefiere no enfrentarse con las dificultades del concepto de custodia y confirma en los

⁹⁰ W. JUR 2997 8581.

⁹¹ W. JUR 2005 109966, W. JUR 2007 124315.

⁹² W. AC 2009 2143, W. JUR 2007 296503.

⁹³ W. JUR 2009 54463 y 314279.

dos casos la denegación de la restitución acordada en primera instancia por la vía de las excepciones a la obligación de ordenar el retorno (oposición del menor, etc.). Se invoca en estas dos últimas resoluciones el interés del menor, pero la referencia al mismo en la segunda demuestra que el tribunal tiene dudas sobre el concepto de custodia: para la Audiencia, “el Abogado del Estado tiene razón en su planteamiento, pues no parece razonable que quien actúa de forma unilateral pueda luego verse beneficiado y en esto compartimos su criterio, pero aquí no se decide la correcta o incorrecta o normal actuación de la madre, sino ante esa situación demostrada decidir qué es lo más beneficioso para el menor”. En el procedimiento del CLH, el juez o tribunal tiene que determinar el carácter lícito o ilícito del traslado o retención, lo que exige decidir si se ha infringido o no un derecho de custodia: sólo si hay infracción, naturalmente, será necesario decidir lo más conveniente para el menor afectado, ordenando o denegando el retorno.

III.3. Interpretación del Convenio en beneficio del sustractor

Como se viene repitiendo, el Convenio trata de asegurar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de manera ilícita al Estado en que tenga su residencia habitual, y considera ilícitos el traslado o retención cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia, atribuido con arreglo al Derecho de dicho Estado, que se ejerce de modo efectivo (artículo 3). El artículo 5 precisa que, a los efectos del CLH, el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Se trata así de delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, a fin de facilitar su interpretación uniforme: el artículo 5 no define propiamente el derecho de custodia, sino que establece el alcance de la protección que se pretende garantizar, y ese alcance es amplio. Sea cual sea, por tanto, la definición del derecho de custodia en el Derecho español, y sean cuales sean los términos utilizados en nuestro Derecho, “a los efectos de la aplicación del Convenio” debe entenderse por tal el derecho a cuidar del menor, aunque sólo sea, por ejemplo, en fines de semana alternos, y debe entenderse incluido el caso en que sólo se goce del derecho a elegir su residencia. Hay infracción del “derecho de custodia” y, en consecuencia, traslado o retención ilícitos, cuando se infringe el derecho de uno de los progenitores a elegir la residencia del hijo común o a cuidar de éste, por seguir con el ejemplo, fines de semana alternos, caso este último en el que, en términos de Derecho español, se hablaría de derecho de visita.

La incorrecta interpretación del CLH alcanza en España su grado máximo en las resoluciones, menos numerosas, que invierten los términos de su artículo 5. Si el artículo 5 protege, en interés del hijo, como se ha dicho, los derechos del progenitor que sufre la sustracción, algunos autos vuelven su texto en contra de éste, de modo que beneficia al progenitor sustractor, en contra de los fines del Convenio. Estas

equivocaciones tienen su raíz, de nuevo, en la utilización de los conceptos españoles en la aplicación de este instrumento internacional, que utiliza conceptos propios e independientes de los ordenamientos de los Estados parte.

En el Auto de la AP de Madrid de 15 de octubre de 2002⁹⁴ se confirma la denegación del retorno de dos menores a México con su padre. Se ha dictado en este país sentencia de divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, que aprueba el convenio regulador, por el cual se atribuye la guarda y custodia a la madre y se autoriza la salida de los hijos al extranjero en compañía de cualquiera de los progenitores. La madre aprovecha esta flexibilidad para viajar a España y retener a los niños en nuestro país. El tribunal no escucha al Abogado del Estado, que ha destacado en el recurso de apelación la existencia de un concepto de custodia a efectos del CLH, cuyo contenido mínimo es el derecho a elegir el lugar de residencia de los hijos, e incurrir en un grave error de interpretación. La Audiencia considera, en aplicación de los artículos 3 y 5 del Convenio, que la sentencia mencionada atribuye la custodia a la madre y no condiciona la libertad deambulatoria de ésta, que tiene derecho a elegir el lugar de residencia de sus hijos. “Entenderlo de otra forma, a la vista de lo realmente estipulado, además, vulneraría el orden público del Estado Español como argumenta la Juzgadora “a quo” y concretamente el contenido del art. 19 de la C.E”. Se vuelve después, como se ha anunciado, sobre este argumento. En este asunto, por otra parte, hay que reiterar que la autorización para viajar no puede entenderse nunca como autorización para retener al hijo en un país extranjero: del texto del convenio regulador no puede deducirse, ni lógica ni legalmente, que el progenitor se despoje de antemano de su derecho a mantener el contacto con sus hijos menores.

En un asunto posterior muy similar se manifiesta el error señalado todavía con mayor claridad. La sentencia mexicana de divorcio confía también en el caso a la madre la guarda y custodia de la hija menor. La madre viaja con ésta a España sin la oposición del padre, que consiente la expedición del pasaporte de la niña. Retenida en España, el padre pide su retorno a México. La AP de Las Palmas, en su Auto de 3 de marzo de 2008⁹⁵, confirma la denegación de la restitución acordada por el Juez. Para el tribunal, que se remite expresamente al Auto de Madrid, la atribución de la guarda y custodia no condiciona la libertad deambulatoria de la madre, que puede mudar su domicilio incluso al extranjero. Y añade: “Como argumenta la sentencia de instancia, contenido fundamental del derecho de custodia, como expresamente hace constar el convenio, es decidir sobre el lugar de residencia de la menor. Por lo tanto quien decide sobre dónde ha de residir la menor en su compañía no es quien ostenta también la patria potestad, como confunde la apelante, sino quien ostenta la guarda y custodia exclusiva, ni siquiera compartida, en este caso la madre”. Por tanto, si

⁹⁴ W. JUR 2003 29218.

⁹⁵ W. AC 2008 917.

conforme al Convenio “para que haya podido existir retención ilícita, es necesaria la infracción de un derecho de custodia atribuido en este caso por sentencia a la madre, si ha sido ésta la que ha procedido al traslado, difícilmente puede ser éste ilícito si tiene atribuida la guarda y custodia, ni por tanto existir retención”. Hay, efectivamente, una inversión de los términos del CLH, que se utiliza en el caso para consagrar la sustracción efectuada, no para proteger el amplio derecho de custodia que en él se configura, comprensivo del derecho del padre a seguir manteniendo contacto con su hija. Consentir la expedición de un pasaporte no equivale, por otro lado, a consentir la retención de la hija en España. Confirma, por el contrario, que el padre goza de derechos sobre su hija, con independencia de la atribución “exclusiva” de la guarda y custodia a la madre: si el padre tiene derecho a decidir el lugar de residencia de su hija, tiene derecho de custodia en el sentido del Convenio.

En la misma dirección argumenta el Auto de la AP de Vizcaya de 20 de octubre de 2010⁹⁶, en el que se confirma la denegación del retorno de dos niñas con su padre a Uruguay. Para el tribunal, “la madre tiene en exclusiva el derecho de custodia”, de modo que, con arreglo al artículo 5 del CLH, la madre tiene derecho a decidir el lugar de residencia de sus hijas; como el padre no tiene derecho de custodia, no puede alegar infracción de este derecho. En definitiva, como el traslado lo ha realizado el progenitor que tiene el derecho de custodia, no hay sustracción: al decidir el lugar de residencia de las menores, la madre no ha vulnerado el Convenio. Se ampara así la vulneración del Convenio en el propio Convenio: la madre consigue desplazar al padre del cuidado de sus hijas, en contra de la finalidad perseguida por el CLH.

Dos autos de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006 y 29 de julio de 2009⁹⁷ incurrir igualmente en la interpretación equivocada de los anteriores. En el primero, la Audiencia respalda la resolución dictada por la juzgadora de instancia, “muy estudiada y minuciosa en sus razonamientos”, de acuerdo con la cual no se ha producido la retención ilícita del menor en España, invocada por el padre, por lo que no procede su restitución a Venezuela: de acuerdo con lo establecido por sentencia en dicho país, corresponde a la madre el derecho de custodia, que según el CLH comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, de manera que “si la madre ha decidido fijar su residencia con su hijo en España, con ello no se ha vulnerado el derecho para cuya satisfacción se prevé la restitución, sino solo el derecho de visita del padre”. De nada sirve la insistencia del Abogado del Estado en que el Convenio “no solo protege el derecho de custodia, sino también del de visitas, concebido como derecho-deber del padre y también del hijo”. El tribunal confirma la denegación del retorno.

En el segundo auto de los citados, la AP se remite a su auto anterior para confirmar también la denegación del retorno de dos niñas a Venezuela. Sólo se añade

⁹⁶ W. JUR 2010 409557.

⁹⁷ W. JUR 2007 75775 y 2009 438050.

otro elemento, también ajeno a la reglamentación del CLH: la voluntad de la madre sustractora fue la “búsqueda de un entorno distinto para sus hijas”; “nunca fue su ánimo perjudicar al padre”.

Para finalizar este tercer grupo de resoluciones, queda hacer una referencia al Auto de la AP de Cádiz de 3 de noviembre de 2008⁹⁸, que desestima la apelación contra el Auto de la Juez de primera instancia por el que se deniega la restitución de dos niñas a Argentina. Comienza el tribunal tachando de “tergiversada y sui generis” la interpretación que se hace en el recurso de apelación del Código civil argentino y del CLH. La interpretación tergiversada, como se va a ver, es la de la Audiencia. En este caso los padres han acordado, mediante convenio judicialmente homologado, que la “tenencia” de una de las hijas corresponda a la madre y la de la otra al padre, y establecen también un régimen de visitas (sorprendentemente, según la AP, lo relativo a las visitas es innecesario para la resolución, lo que ya pone de relieve una defectuosa comprensión del Convenio). En el momento en que la madre se traslada con sus hijas a España se está infringiendo el derecho de custodia del padre y, por tanto, se está produciendo un traslado ilícito. El tribunal no lo entiende así, y efectúa un análisis separado para cada una de las niñas. Respecto de la primera, la madre goza de la “tenencia”, con lo cual corresponde a la misma, con arreglo al artículo 5 del CLH, el derecho a decidir su lugar de residencia. En cuanto a la segunda, se resalta que vive, con el consentimiento del padre, con su madre y con su hermana, por lo que el primero no ejerce de modo efectivo su derecho de custodia. No se va a justificar de nuevo que hay un grave error en el primer caso. En el segundo se equivoca también la Audiencia, pues el hecho de que el padre consienta que las dos hijas vivan juntas con la madre no entraña renuncia al contacto con las mismas: puede ejercer su derecho de visita, es decir, en los términos del Derecho argentino, puede comunicarse con ellas y supervisar su educación, derecho que en el amplio marco del “derecho de custodia” protege también el Convenio.

III.4. Interpretación del traslado o retención ilícitos como ejercicio del derecho a la libre elección de residencia

“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”, dice el artículo 20 del CLH. Con independencia de su defectuosa traducción española, el sentido de la norma es, teóricamente, claro. Sustituye a la cláusula de orden público usual en los convenios de la Conferencia de La Haya, y trata de restringir al máximo la posibilidad de denegar el retorno: no basta cualquier principio, debe tratarse de principios fundamentales relacionados con la protección de esos

⁹⁸ W. JUR 2009 63410.

derechos y libertades. En la práctica, son los jueces los que tienen la responsabilidad de efectuar una interpretación cuidada de la regla, de manera que permita normalmente la consecución de los fines del Convenio.

En España algunos jueces han recurrido a los derechos fundamentales de manera desorientada. Se ha mencionado ya en el comentario de algunas resoluciones en los epígrafes anteriores. En la década analizada, la primera referencia se encuentra, todavía sin explicación y sin mencionar el artículo 20, en el Auto de la AP de Madrid de 15 de octubre de 2002: entender que la sentencia que le atribuye la custodia limita la libertad deambulatoria de la madre vulneraría el orden público del Estado español, en concreto el artículo 19 de la Constitución. La argumentación se repite literalmente en el Auto de Santa Cruz de Tenerife de 29 de julio de 2009. En el auto de Málaga de 11 de septiembre de 2006, se señala, a mayor abundamiento, que la madre inglesa que se traslada a España con su hija hace “uso del derecho que el nuevo marco de la Unión Europea facilita a los ciudadanos de los Estados miembros de circular y residir en cualquiera de ellos”. La invocación en el procedimiento del derecho del progenitor sustractor a la libre elección de residencia, sin embargo, es ignorada en el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2008.

Donde alcanza la referencia a los derechos fundamentales el valor de “ratio decidendi” es en el “asunto Carrascosa” (Auto de la AP de Valencia de 17 de enero de 2006). El tribunal, que se equivoca en la interpretación del concepto de “derecho de custodia” del CLH, como se ha visto, no puede ignorar la existencia del pacto celebrado de acuerdo con el Derecho de Nueva Jersey, Estado de la residencia habitual de la menor, mediante el cual los progenitores se comprometen, en particular, a no sacar a su hija de su región de residencia sin el consentimiento del otro, pacto que implica, lógicamente, que el padre y la madre comparten el derecho a elegir el lugar de residencia de la niña. La Audiencia reconoce que cuando María José Carrascosa trae a su hija a España incumple dicho pacto, y no encuentra otro recurso para confirmar la denegación del retorno acordada por el Juez que el artículo 20 del Convenio. El acuerdo entre los cónyuges “sólo puede ser considerado como una declaración de intenciones, por cuanto no cabe sanción alguna por su incumplimiento, en cuanto se trata de un acuerdo limitador del derecho fundamental contenido en el art. 19 de la Constitución, que garantiza a todos los españoles el derecho a elegir libremente su residencia y cuya expresión en el convenio no puede considerarse válida. La inconciliabilidad de esa cláusula limitativa de derechos fundamentales con el Derecho Español bajo el régimen autónomo de la LEC constituye motivo de orden público procesal y desde el prisma del Convenio y de su art. 20, justificación de la denegación de la restitución interesada”.

Esta argumentación es inaceptable. El derecho a la libre elección de residencia es un derecho fundamental, pero tiene límites. La madre tiene derecho, sin duda, a elegir su lugar de residencia, pero no acompañada de su hija. El traslado a España que realiza es un traslado ilícito porque infringe el derecho de custodia del padre, tal y

como se configura en el CLH. Procede entonces acordar el retorno a Nueva Jersey, su residencia habitual, para que allí se adopten las medidas adecuadas. Es sorprendente que la sustracción internacional de un menor, conducta antijurídica contra la que los Estados tratan de luchar a través del Convenio, sea considerada por los jueces españoles ejercicio de un derecho fundamental. Con ello, además, el CLH se vacía de contenido y, en definitiva, queda incumplido.

En un supuesto interno, la AP de Castellón, en su Auto de 10 de septiembre de 2010⁹⁹, precisa los límites del ejercicio de ese derecho fundamental. “La atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Nos parece evidente que el derecho fundamental (art. 19 de la Constitución) del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental. Éste es también el planteamiento que se sigue en el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 1986 sobre la existencia de cargas, gravámenes o limitaciones que puedan afectar a la libertad de establecimiento y de fijación del lugar de residencia, en supuestos en los que la limitación viene impuesta por un interés protegido de manera privilegiada en el Ordenamiento jurídico, como es el de los hijos menores”. Se concluye que “un cambio de domicilio relevante para la vida del menor es una cuestión que debería ser decidida conjuntamente por los dos cotitulares de la patria potestad, y, en defecto de acuerdo, por la autoridad judicial”. Un cambio de residencia habitual en los supuestos internacionales es normalmente muy relevante para la vida del menor y, por tanto, debe estar sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Derecho aplicable y, en último término, al control de un órgano jurisdiccional.

IV. Conclusiones

PRIMERA. Del estudio realizado resulta, en primer lugar, la necesidad de clarificar el alcance del “derecho de custodia” protegido por el CLH. Debe precisarse que el “derecho de custodia”, entendido como derecho a cuidar de la persona del menor, según la expresión utilizada en el artículo 5 del Convenio, existe siempre que al progenitor le corresponde un tiempo para tener al menor en su compañía, por mínimo que sea, e incluso cuando sólo le corresponde decidir sobre su lugar de residencia. En este sentido, mejor que hablar de “derecho de custodia”, en singular, sería hablar, en plural, de “derechos de custodia”. Así lo hace una de las versiones auténticas del CLH (“rights of custody”), no la otra (“droit de garde”). En esta dirección el RBII, en su artículo 2 (Definiciones), establece que a los efectos del Reglamento se entenderá por “derechos de custodia, entre otros, los derechos y

⁹⁹ W. JUR 2011 25772.

obligaciones relativos al cuidado de la persona del menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia” (9) y que “se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución 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” (11 b).

La clarificación sugerida consagraría en el Convenio la que se ha calificado en este trabajo como interpretación amplia, más adecuada para alcanzar plenamente los objetivos previstos. Esta interpretación amplia ha ido extendiéndose progresivamente y ha recibido un apoyo relevante en la mencionada sentencia Abbott, dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. A ella responden, por otra parte, las innovaciones aportadas por el RBII.

SEGUNDA. Las dificultades experimentadas por los jueces españoles en la aplicación del CLH se reducirían, sin duda, con la clarificación de conceptos propuesta. Pero es imprescindible, además, que se generalice una interpretación autónoma de los conceptos utilizados en el Convenio y en el RBII, que no coinciden con los conceptos españoles. El progenitor que tiene, en el lenguaje del Derecho español, derecho de visita, tiene “derecho de custodia” en el sentido del CLH. El progenitor que tiene derecho a decidir el lugar de residencia de su hijo menor tiene, igualmente, “derecho de custodia” en el sentido del CLH.

TERCERA. El correcto manejo de los conceptos en el campo de la sustracción internacional de menores puede favorecerse mediante una clarificación de los propios conceptos del Derecho español. Como se ha dicho, el contenido mínimo del derecho de custodia en el Convenio, el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, se corresponde, en principio, con el contenido mínimo de la patria potestad en nuestro sistema. Un contenido más o menos amplio tiene, según los casos, el derecho de custodia, en el sentido del CLH, de los progenitores que tienen la patria potestad y, además, tienen atribuido el cuidado de sus hijos, que se corresponde en el ordenamiento español bien con un derecho de visita, bien con un derecho de guarda y custodia. Pueden ser útiles unas precisiones.

En primer lugar, parece conveniente precisar que, en el caso de los progenitores que no viven juntos ambos tienen, normalmente, el derecho-deber de cuidar de sus hijos, con lo cual ambos tienen, en realidad, la guarda y custodia de los mismos, aunque la ejerzan en tiempos diferentes, según el reparto establecido. Sería aconsejable, entonces, prescindir de la inapropiada expresión “derecho de visita”.

Resulta necesaria, en segundo lugar, una reflexión acerca de la misma expresión “guarda y custodia”. La fórmula, consolidada en la práctica y luego recogida en la legislación, como se ha dicho en este trabajo, plantea alguna dificultad. Es, para empezar, reiterativa, pues no cabe duda de que las palabras “guarda” y “custodia” son sinónimas. Pero, además, ha dado lugar a incoherencias en el plano de la cooperación

internacional, cuya importancia creciente en el sector de la protección de los menores ha sido resaltada. Las versiones auténticas del CLH y del Convenio de La Haya de 1996 hablan de “droit de garde” y “rights of custody”. En la versión española del CLH se opta por traducir, como se ha visto, “derecho de custodia”; en la del Convenio de 1996 se elige, en cambio, “derecho de guarda”. El texto español del RBII, por su parte, se refiere al “derecho de custodia”. Dada la sinonimia, no se van a suscitar, en principio, problemas interpretativos, pero por razones de claridad y seguridad jurídica sería conveniente tomar una decisión: o guarda o custodia.

CUARTA. Las modificaciones del Derecho español sugeridas deberían venir de la mano del legislador, pues suponen alteraciones relevantes de la situación actual. Algunos jueces han intentado avanzar en algunos aspectos, pero probablemente no se acomode a la misión de los órganos jurisdiccionales una tarea de esta envergadura. Resulta ilustrativa, en este aspecto, la actuación de los jueces españoles en un asunto interno, no internacional, resuelto por la AP de Navarra en su Sentencia de 14 de junio de 2010¹⁰⁰. El juez trata de clarificar el concepto de custodia: “cada uno de los padres cuando está con sus hijos ejerce la custodia sobre los mismos”, “lo más difícil es establecer un reparto de tiempo que se acomode a las necesidades de los hijos y a las obligaciones de los padres”. La AP reacciona con vigor, excediéndose quizá: considera que se plantea una cuestión de “ius cogens” y afirma que “las denominaciones jurídicas de las instituciones reguladas en el ordenamiento jurídico, así como su contenido, son lo que son y no lo que el mero voluntarismo judicial quiera que sean”. Según el tribunal, no se puede huir de “los conceptos jurídicos acuñados en los textos legales: en nuestro caso, “guarda y custodia”, que, por lo dicho, solo puede ser exclusiva, de un lado; y, de otro, “régimen de visitas, estancias y comunicaciones” con el progenitor no custodio”. Y añade: “El voluntarismo judicial no hace otra cosa que sembrar dudas gratuitamente, al tiempo que esconde, o trasluce, según el observador, el desconocimiento de la sujeción de todos los poderes públicos, incluido el judicial, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), como también el de los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)”. En definitiva, resulta conveniente la intervención del legislador si se quiere mejorar el estado del Derecho español en esta materia.

¹⁰⁰ W. JUR 2010 418060. Aunque se trata de un supuesto interno, la AP recurre en su argumentación, a mayor abundamiento al CLH y al RBII, equivocándose en la interpretación del “derecho de custodia”. Una resolución casi idéntica en la Sentencia de esta misma AP de 15 de junio de 2010 (W. JUR 2010 418033).

Abreviaturas utilizadas

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo o artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código civil
CLH	Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FD	Fundamento de Derecho
INCADAT	International Child Abduction Database (Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado)
RBII	Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (“Bruselas II”)
W	Base de datos “Westlaw”. www.westlaw.es

Bibliografía

ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S. *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid. Colex. 2004.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho privado y Constitución*. 2002. 16. P. 41.

BORRÁS, A. Notas sobre los trabajos de la Comisión especial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. *Revista española de Derecho internacional*. 1990. 1. P. 289; 2006. 2. P. 1110.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J. “La sustracción de menores en Europa occidental: un estudio de Derecho comparado”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*. 2008. P. 2075.

GÓMEZ BENGOCHEA, B. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*. Madrid. Dykinson. 2003.

JIMÉNEZ BLANCO, P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Madrid. Marcial Pons. 2008.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Los menores en el Derecho español*. Madrid. Tecnos. 2003.

LLORIA GARCÍA, P. (Dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid. Iustel. 2008.

MIRALLES SANGRO, P. P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España: especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales. 1989.

PÉREZ VERA, E. “El Convenio de La Haya sobre la sustracción internacional de menores, veinte años después”. *Estudos en Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Volumen I. P. 561.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., y otros. *Crisis matrimoniales: protección del menor en el marco europeo*. Las Rozas (Madrid). La Ley –Actualidad. 2005.

RODRÍGUEZ PINEAU, E. “Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador”. *La Ley* Año XXI. Número 4986, 7 de febrero de 2000.

ROSA CORTINA, J.M. DE LA *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Valencia. Tirant lo blanc. 2010.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros. *La sustracción interparental de menores*. Madrid. Dykinson. 2005.