

CARENCIAS, NECESIDADES Y CONFLICTOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y EL NOVEDOSO MARCO LEGAL ESPAÑOL*

Francisco-Javier FORCADA-MIRANDA **

Representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya
Asesor Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional
del Ministerio de Justicia
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ACTUALES DEFICIENCIAS DEL MARCO LEGAL INTERNACIONAL.—3. APORTACIONES DE LA REFORMA ESPAÑOLA DE 2015 EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—4. UNA REDEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS AUTÓNOMOS DE RESIDENCIA HABITUAL Y CUSTODIA COMO POSIBLE SOLUCIÓN A PROBLEMAS ESPECÍFICOS.—5. LA LEY ISLÁMICA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LOS MARCOS BILATERALES.—6. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.—7. LOS PERTURBADORES RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN ESPAÑA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EL ATC 119/2015, DE 6 DE JULIO, Y LA STC 16/2016, DE 1 DE FEBRERO.

1. INTRODUCCIÓN

Los casos de sustracción internacional de menores en España siguen aumentando cada año. La Autoridad Central española ha pasado de tramitar 36 solicitudes en el año 1998 a tramitar 242 en el año 2015. En dicho año 2015, del total de solicitudes tramitadas, 215 corresponden a casos de restitución y 27 a casos de visitas, siendo España autoridad requerida en 109 casos y requirente en 133 casos. Junto al aumento cuantitativo, que es preocupante, existe el añadido de la creciente complejidad jurídica que rodea este fenómeno.

* Trabajo que forma parte de la investigación que el autor está realizando en el marco de la Tesis Doctoral titulada «Comunicaciones judiciales directas y Red internacional de jueces de la Conferencia de la Haya. Beneficios de operatividad y mejora de coordinación y desarrollo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores». Programa de Doctorado en «Derecho y Ciencias Sociales» (UNED).

** orcid.org/0000-0002-2775-0624.

no y el de las diversidades culturales y sociales de los países involucrados que lo aprecian de forma muy diversa. Tampoco podemos olvidar que este fenómeno es uno de los que con más crudeza afectan a los menores en entornos familiares casi siempre en crisis.

En el año 2015, España ha afrontado el reto de renovar su normativa interna en materia de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, con un nuevo modelo que ha revisado el fenómeno de la sustracción internacional de menores, desde el punto de vista de las carencias que presenta y las necesidades que exige, casi cuarenta años después de la redacción del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980¹.

2. ACTUALES DEFICIENCIAS DEL MARCO LEGAL INTERNACIONAL

A nivel mundial, el fenómeno de la sustracción internacional de menores aparece regido, de forma sustancial y prioritaria respecto de otros textos, por un Convenio que próximamente va a alcanzar los cuarenta años de existencia y que, pese a los achaques propios de la edad, goza de una salud excelente a la vista del número de Estados contratantes que no deja de incrementarse año tras año. Me refiero al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en vigor desde el 1 de diciembre de 1983 (en España desde el 1 de noviembre de 1987) y que, a fecha 22 de abril de 2016, cuenta ya con 94 Estados contratantes.

Dentro de dicho marco legal existen carencias y necesidades y de hecho, la exploración de potenciales formas normativas y/o instrumentos que permitieran mejorar la aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, tipo textos legales obligatorios, como un Convenio o un Protocolo, o el uso de recomendaciones, declaraciones, leyes modelo, principios generales y/o guías de buenas prácticas, así como el uso de potenciales *hand books*, *bench books*, etc., es algo que ha estado presente en las discusiones y análisis de los últimos años.

Tiempo es pues de enumerar aspectos que por sí solos ya nos indican carencias y necesidades, y en los que podría ser factible trabajar de cara a mejorar la operatividad y aplicación práctica del Convenio de 25 de octubre de 1980 de una forma efectiva, entre los que se podrían incluir los siguientes:

¹ El nuevo modelo, en vigor desde el 23 de julio de 2015, salvo para expedientes en tramitación a tal fecha, e instaurado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015, vía DF 3.^a, más la corrección de errores de la Ley 15/2015, publicada en *BOE* núm. 210, de 2 de septiembre de 2015, pp. 77690-77692, se contiene en el Capítulo IV *bis* de la LEC, arts. 778 *quáter*, 778 *quinquies* y 778 *sexies* bajo el título: «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional», sin olvidar las modificaciones también operadas por la misma vía en el art. 525.1 de la LEC en lo relativo a la no posible ejecución provisional y en el art. 749.1 de la LEC que fuerza el papel del Ministerio Fiscal en estos supuestos.

— El reconocimiento y la ejecución transfronteriza de acuerdos en disputas familiares internacionales sobre menores, dentro y fuera del campo de acción de los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980 y de 19 de octubre de 1996.

— La aplicación del art. 13.1.b) del Convenio de 25 de octubre de 1980, incluyendo las alegaciones de violencia doméstica y familiar en conexión con las órdenes de retorno bajo el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

— El reconocimiento y la ejecución de órdenes civiles de protección.

— Desarrollos en materia de mediación, conciliación o de otros mecanismos similares para promover soluciones amigables en los casos del Convenio de 25 de octubre de 1980, autorizando expresamente tales mecanismos, y afrontando aspectos de confidencialidad, relación entre mediación y proceso de retorno y reconocimiento y ejecución de los acuerdos mediados.

— Desarrollos normativos en materia de derechos de visita a la vista de las previsiones del art. 21 del Convenio de 25 de octubre de 1980 para clarificar las obligaciones que impone y, particularmente, el papel de las autoridades centrales.

— Nueva hipotética reformulación de definiciones autónomas que, pese a la aplicación consistente del Convenio durante más de treinta años, permanezcan cuestionadas o dificulten la aplicación del Convenio, como sucede en el caso de los conceptos de derechos de custodia y visita, y de la residencia habitual que cada vez más se anuda al entorno del instrumento legal que la condiciona más allá de meros elementos fácticos.

— Las llamadas comunicaciones judiciales directas y el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya en campos que implican la provisión de bases legales para su uso transfronterizo, la definición de su ámbito de aplicación, las salvaguardias a tener en cuenta y el desarrollo de herramientas de apoyo del tipo de guías prácticas y recurso a jueces de enlace y redes de cooperación.

3. APORTACIONES DE LA REFORMA ESPAÑOLA DE 2015 EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES²

Cuando se trata de mejorar la operatividad del Convenio de 25 de octubre de 1980 a nivel nacional, hay determinados parámetros que han de tenerse

² A esta cuestión ya me he referido en cuatro trabajos recientes, uno de ellos monográfico:

FORCADA MIRANDA, F. J., «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2016, núm. 3.

Id., «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2016, núm. 3.

Id., «Recent Spanish Developments in International Family Law», [2016] *IFL, International Family Law Journal*, vol. 2016-01, pp. 11-12.

en cuenta. Es importante conseguir procesos nacionales de restitución más rápidos, con explícitas y más estrictas previsiones legales que aseguren que las peticiones de retorno se procesan de modo urgente en todas las instancias y en la fase de ejecución, se han de establecer mejores medidas de protección provisionales que aseguren el retorno del menor y, en su caso, del acompañante, y debe haber regulación de específicas medidas relativas a los procesos de ejecución de órdenes de retorno con límites legales y con la promoción del cumplimiento voluntario.

La reforma española de 2015 apuesta por la celeridad y por la concentración de la competencia para conocer de estos casos. Quizá uno de los aspectos más importantes lo sea el de la concentración de la competencia en un reducido número de jueces.

Tras la reforma de 2015, la competencia para conocer de estos casos ha pasado a residenciarse en los Juzgados de Primera Instancia de capital de provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se encuentre el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si los hubiere y, en su defecto, en los que por turno de reparto corresponda. De los anteriores más de 900 jueces que aproximadamente podían conocer en primera instancia de un caso de sustracción, hemos pasado a un número mucho más reducido si valoramos que tenemos actualmente 103 juzgados de Familia que se reparten en 35 capitales de provincia y 12 ciudades.

España ha avanzado en 2015 por vez primera en la especialización, en la concentración de casos a niveles de capitales de provincia y este podría ser el primer paso de una futura y tan deseada jurisdicción de familia, debidamente especializada y residenciada en capitales de provincia.

La celeridad se afianza en la reforma de 2015 con previsiones específicas: proceso preferente y urgente, seis semanas en dos instancias, salvo excepcionalidad, no suspensión por prejudicialidad penal y apelación en dos efectos en veinte días y preferente. Además, la celeridad va unida a la concienciación al efecto de los operadores jurídicos debidamente especializados y a las exigencias internacionales, siendo la percepción social y ciudadana de esta exigencia de la mayor importancia.

En otros aspectos donde a nivel internacional se han identificado conflictos, la reforma española de 2015 también toma partido. Así, apuesta de forma decidida por las comunicaciones judiciales directas y el apoyo de redes de cooperación nacionales e internacionales, caso de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya (art. 778 *quáter* 7 LEC), remarca que no ha de procederse a un examen del fondo del asunto en línea con la más consistente interpretación y aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 a nivel internacional (art. 778 *quinquies* 9 LEC), permite las visitas conectadas

Id., *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Las Rozas, Madrid, Sepin, D. L., 2015.

a la gestión del proceso (art. 778 *quáter* 8 LEC) y en materia de mediación, no solo llena el vacío de la normativa anterior sino que proporciona, con una ambigüedad calculada en la redacción de la norma, ventajas evidentes con la no presencia de límites al objeto de la mediación ni a la posterior hipotética ejecución del acuerdo mediado, haciéndola posible en cualquier momento pero evitando dilaciones con fecha límite al plazo legalmente previsto (art. 778 *quinquies* 12 LEC).

Siguiendo con esta línea hay que resaltar también que desde 2015 se permiten medidas cautelares a lo largo de todo el proceso y que se ha mejorado la ejecución de las órdenes de retorno de forma muy sustancial (art. 778 *quinquies* 9, 10 y 13 LEC), sin olvidar que en materia de audiencia de menores se articula la misma de forma separada, con presencia del Ministerio Fiscal y con posible videoconferencia (art. 778 *quinquies* 8 LEC)³, existiendo la posibilidad, ahora real, de obtención de una declaración que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos y con posibilidad, ahora también real, de obtener una declaración relativa al art. 15 del Convenio de 25 de octubre de 1980, implicándose a la Autoridad Central española en la prestación de asistencia al solicitante (art. 778 *sexies* LEC).

Merece una valoración positiva la reforma de 2015 pero no podemos olvidar aspectos críticos del fenómeno de la sustracción internacional de menores que siguen planteando conflictos y desvelando carencias y necesidades. Entre ellos podemos resaltar la cuestión de las definiciones de conceptos autónomos, los problemas de los Estados de tradición islámica, la cuestión relativa a la protección de los derechos humanos y al interés superior del menor en el marco de los procesos de restitución, la perturbadora influencia de los recursos extraordinarios en esta materia y la reforma/revisión del Reglamento núm. 2201/2003⁴ pendiente de la propuesta de cambios que la Comisión hizo pública el 30 de junio de 2016.

³ En materia de audiencia de menores no hemos de olvidar previsiones legales importantes conexas que derivan de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:828, en cuanto a la no obligatoriedad de la exploración personal y directa por parte del juez con admisión de otras posibilidades; y del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tras la vigencia de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en lo relativo a la constancia del resultado y valoración en resoluciones de fondo, sin olvidar que tras la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 6/2015, los fiscales promoverán la grabación o transcripción lo más extensa y exacta de la actuación en evitación de una nueva exploración en segunda instancia.

⁴ Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003. Suelen ser habituales para referirse a este Reglamento las expresiones «Reglamento Bruselas II bis» y «Reglamento Bruselas IIa».

4. UNA REDEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS AUTÓNOMOS DE RESIDENCIA HABITUAL Y CUSTODIA COMO POSIBLE SOLUCIÓN A PROBLEMAS ESPECÍFICOS

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 está plagado de conceptos autónomos que se definen a través de la consistente aplicación internacional de la norma y que no siempre son bien comprendidos.

En el campo de la residencia habitual siempre hemos partido de una definición autónoma apoyada en factores de mero hecho y con sólidos apoyos en INCADAT⁵, pero recientemente en el marco de la Unión Europea (UE), factores o matices jurídicos aparecen como condicionantes del cúmulo de factores de mero hecho que definían la residencia habitual, pudiendo observarse tal evolución en las Sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 2 de abril de 2009, C-523/07⁶, de 22 de octubre de 2010, C-497/10 PPU⁷, y de 9 de octubre de 2014, C-376/14⁸. La doctrina habla ya de compaginar residencia habitual y conexión sustancial en beneficio de los menores y de conceptualizaciones no solo fácticas sino también jurídicas o al menos híbridas⁹.

Lo mismo puede decirse de la definición de los derechos de custodia. En el área de la sustracción internacional de menores, es crucial determinar cuándo existe infracción del derecho de custodia si la misma se define de forma autónoma a nivel internacional como el conjunto de derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Sucede que en países donde la patria potestad rige, en muchas ocasiones sigue sin aplicarse de forma correcta, el concepto de la custodia en los supuestos de sustracción internacional de menores.

Sea como sea, plantear una redefinición de conceptos claves y siempre autónomos por definidos dinámicamente con la acumulada casuística internacional, es una quimera y no parece que un mayor detalle que aportara hipotéticas redefiniciones pudiera contemplar exhaustivamente todas las posibles situaciones de matiz similares existentes en otros Estados. Hay que reconocer que clarificaciones como las que se derivan de la Sentencia del

⁵ INCADAT es la base de datos sobre la sustracción internacional de niños de La Conferencia de La Haya, accesible en <http://www.incadat.com> (última consulta: 28 de mayo de 2016).

⁶ ECLI:EU:C:2009:225.

⁷ ECLI:EU:C:2010:829.

⁸ ECLI:EU:C:2014:2268.

⁹ Pueden consultarse al efecto dos ponencias que se desarrollaron durante la Cross Border Child Protection Conference, que tuvo lugar en Ginebra los días 21-23 de octubre de 2015:

MCELEAVY, P., *Building the bridge between «habitual residence» and «substantial connection»: Facts; Policy Objectives; and the Appropriate Forum*, Power Point presentation. Cross Border Child Protection Conference, Ginebra, 21-23 de octubre de 2015. ULRIKE, K., «Hague 1996 Child Protection Convention. Building the bridge between habitual residence and substantial connection», Power Point presentation. Cross Border Child Protection Conference, Ginebra, 21-23 de octubre de 2015.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Abbott v. Abbott*¹⁰, o las explicaciones que se contienen en la p. 45 de la Guía de la Conferencia de La Haya sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños y Principios generales y guía de buenas prácticas, han sido de gran ayuda.

5. LA LEY ISLÁMICA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LOS MARCOS BILATERALES

No pocos ciudadanos han visto frustradas sus expectativas de recuperación de menores sustraídos cuando un Estado de tradición islámica se ha visto involucrado. Se trata de Estados que se mantienen al margen de Convenios multilaterales y que asumen una incompatibilidad de los compromisos internacionales con la Ley Islámica, especialmente en casos relativos al derecho de custodia y visitas transfronterizas.

El Proceso de Malta patrocinado por la Conferencia de La Haya siempre ha tratado, ya desde el año 2004, de solventar este tipo de dificultades¹¹, existiendo recientes trabajos doctrinales especializados¹², que apoyan la compatibilidad del marco islámico con la vigencia de Convenios como el de La Haya de 25 de octubre de 1980. Hay realidades patentes como las que nos ofrecen algunos Estados como Marruecos, que, en un primer momento, optó por la suscripción de Convenios bilaterales en materia de protección internacional de menores y derechos de familia, pero que no ha dejado de lado la posibilidad de sumarse a Convenios multilaterales seguramente más eficaces.

La bilateralidad en esta materia, a falta del posible recurso a Convenios multilaterales como el de La Haya de 25 de octubre de 1980, siempre ha sido útil y muy buscada, caso del bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita

¹⁰ [130 S.Ct. 1983, 176 L.Ed.2d 789 (2010)]. En la Sentencia de 17 de mayo de 2010 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso *Abbott v. Abbott*) se determinó que al progenitor con solo derechos de visita, cuando la madre tiene otorgada la custodia en exclusiva, una cláusula *ne exeat* le confiere derechos de custodia a los efectos del art. 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

¹¹ La reciente Cuarta Conferencia de Malta que ha tenido lugar en La Valeta los días 2 al 5 de mayo de 2016 ha reunido a representantes de Alemania, Arabia Saudí, Argelia, Australia, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Indonesia, Irán, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kenia, Líbano, Libia, Malasia, Mauritania, Malta, Marruecos, Noruega, Pakistán, Portugal, Senegal, Singapur, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía y Reino Unido, así como a expertos independientes y representantes de la UE y diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs), sumando en total más de 130 participantes. Conviene recordar que hoy día son 81 los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, comprensivos de 80 Estados más la UE, pero sin olvidar que hay 67 Estados no miembros de la Conferencia de La Haya, que son al menos miembros o firmantes de un Convenio de la Conferencia. Arabia Saudí y Kazajistán son Estados candidatos en trámites de admisión y Colombia y Líbano ya han sido admitidos, estando pendientes de la aceptación del Estatuto para llegar a ser Estados miembros.

¹² Durante la Cuarta Conferencia de Malta se distribuyó en esta línea un *Executive Summary* de una publicación titulada «Islamic Law, Private International Law and Cross-Border Child Abduction» a cargo de Anver M. Emon y Urfan Khaliq, como parte de un proyecto de investigación financiado por *Global Affairs Canada*.

y devolución de menores¹³, pero pese a la indicada utilidad de los procesos bilaterales en estos casos, actualmente, la situación ha cambiado para los Estados que forman parte de la UE, ya que respecto a la posibilidad de concertación de convenios bilaterales en esta materia, hay que hacer una referencia al proceso de la expansiva competencia exclusiva de la UE que se deriva de diversas Decisiones del Tribunal de Luxemburgo¹⁴, y que impiden *de facto* la suscripción de este tipo de instrumentos¹⁵.

6. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Asistimos actualmente a una reevaluación del mecanismo de restitución de menores diseñado en el Convenio de 25 de octubre de 1980. La sencillez del diseño original viene chocando en tiempos recientes con alegaciones que tienden al análisis del fondo del derecho de custodia y a la protección de los derechos humanos en un marco de protección a ultranza del interés superior del menor.

Sobre la mesa tenemos el conflicto existente acerca de la recta aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Conferencia de La Haya, destapado dramáticamente por el caso *Neulinger*¹⁶, tenemos la cuestión de la interpretación estricta de las excepciones del art. 13.1.b) del Convenio de 25 de octubre de 1980 junto al carácter sumario del procedimiento diseñado, como posibles mecanismos vulneradores de derechos humanos, y está la procedencia del llamado examen del fondo del asunto en cada situación familiar en casos del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 iniciado por el TEDH (incluido un posterior retroceso de postulados absolutos), frente a la estricta aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 que vía interpretación y aplicación del Reglamento núm. 2201/2003, nos proporciona el Tribunal de Luxemburgo de la UE y que pone más énfasis en el principio de confianza de mutua¹⁷.

También está sobre la mesa la alegación de que quizá se haya ido muy lejos en la supresión del exequátur con la introducción del certificado del art. 42 del Reglamento núm. 2201/2003, en casos como el *Aguirre Zarraga c.*

¹³ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

¹⁴ Dictamen 1/03, ECLI:EU:C:2006:81; Dictamen 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, y Dictamen 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303.

¹⁵ Hay que recordar que España ha estado involucrada en muy diversos convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones que, en muchos casos, daban cobertura a asuntos del Derecho de familia, caso de convenios bilaterales suscritos con Argelia, Brasil, Bulgaria, China, Colombia, El Salvador, Israel, Mauritania, México, Rumanía, Túnez y Uruguay.

¹⁶ *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), núm. 56030/07, TEDH 2010.

¹⁷ Da la sensación de que el TEDH se decantaría por una protección más a ultranza del menor y que el Tribunal de Luxemburgo apoyaría interpretaciones más literalistas donde la mutua confianza es la base de la correcta aplicación de los instrumentos internacionales.

*Simone Pelz*¹⁸, donde el Tribunal de Luxemburgo forzó sin éxito alguno a Alemania a ejecutar el retorno de una menor, lo que puso y pone en entredicho la futura viabilidad del propio Reglamento núm. 2201/2003.

Asistimos en este tipo de situaciones al uso ya generalizado de expresiones del tipo «*balancing test*» o «*in-depth examination of family situation in every Hague case*», que casan más bien mal con previsiones legales como las del art. 19 del Convenio de 25 de octubre de 1980 cuando indica que «una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia».

7. LOS PERTURBADORES RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN ESPAÑA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EL ATC 119/2015, DE 6 DE JULIO, Y LA STC 16/2016, DE 1 DE FEBRERO

La interferencia de recursos extraordinarios contra resoluciones firmes en materia de sustracción internacional de menores es un fenómeno preocupante¹⁹.

Este tipo de instancias extraordinarias acaban convirtiendo casos de restitución en casos sobre el fondo del asunto, acaban prolongando en el tiempo una situación que, en su origen, debió quedar resuelta en seis semanas, y generan un *lapso* enorme de tiempo de indeterminación que *a posteriori* suele usarse para fundamentar vulneraciones de derechos humanos que supuestamente se producirían con un retorno tras tan largo *lapso* de tiempo.

La STC 16/2016, de 1 de febrero, analiza la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, que considera se ha producido desde el momento en el que la Audiencia Provincial de Madrid omitió valorar la situación de integración de la menor; lo que originó para el Tribunal Constitucional insuficiencia motivadora de la resolución impugnada en amparo. Para el Constitucional, en los veinte meses transcurridos de sustracción efectiva a finalización del proceso pudo producirse una plena integración de la menor en su nuevo medio y ello, se dice, ha de ser valorado para hacer efectivo el interés superior de la menor, ya que las dilaciones, se dice, no pueden menoscabar dicho interés impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

Para apoyar su argumentación el Tribunal Constitucional fuerza de forma notoria y poco comprensible el tenor literal del art. 12 del Convenio de 25 de

¹⁸ C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

¹⁹ La preocupación deriva del añadido de instancias judiciales que ralentizan los procesos y de la incertidumbre que el paso del tiempo va generando, lo que no obsta a señalar cómo en ocasiones alguna vía extraordinaria ha servido para clarificar de forma acertada y contundente la correcta interpretación y aplicación, por ejemplo, del art. 16 del Convenio de 25 de octubre de 1980, tal y como sucedió con la STS (Sala de lo civil, Sección 1.ª) de 22 de junio de 1998.

octubre de 1980, pues solo cuando el plazo de sustracción efectiva a inicio del procedimiento es superior al año se valora la integración. Si es menor al año se ha de ordenar la restitución. Además, el concepto de integración al que se refiere el art. 12 indicado es evaluable a fecha de presentación de la demanda y no a fecha de resolución final del proceso y ello, por literal y lógico, no merece de mayores explicaciones.

En esencia, lo que hace el Constitucional es provocar un análisis del fondo del asunto sobre la base del tiempo transcurrido entre efectiva sustracción y resolución final del proceso al modo y con apoyo en determinadas resoluciones del TEDH²⁰.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, comunicaciones judiciales directas, Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, Conferencia de La Haya.

Keywords: international child abduction, direct judicial communications, International Hague Network of Judges, Hague Conference.

²⁰ *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), núm. 56030/07, TEDH 2010; *X. c. Letonia* (GS), núm. 27853/09, TEDH 2013; *Blaga c. Rumania*, núm. 54443710, TEDH 2014, y *Ferrari c. Rumanía*, núm. 1714/10, TEDH 2015.