

CAUSAS DE NO RESTITUCIÓN DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)

Ramón Santiago Paz Lamela

Investigador FPU del Ministerio de Educación

Universidade da Coruña

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

Sustracción internacional de menores: supuestos de traslado y retención ilícita. Causas de denegación de la restitución. Principio del interés superior del menor.

Normativa aplicada: Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Decisiones analizadas (extractos)

Primera. Auto 645/2012 de 13 de septiembre, AP de Madrid, sección 1ª

[...]El recurso obliga de determinar si es delito el que una madre divorciada legalmente, que por disposición judicial de la sentencia de divorcio fija su domicilio en territorio español y se le atribuye la guarda y custodia del hijo común, fija su domicilio en país extranjero de forma definitiva sin conocimiento y acuerdo con el otro progenitor que, por consecuencia de tal decisión, se ve privado de ejercer el derecho de visitas fijado judicialmente. [...]

[...] en el presente caso por cuanto el denunciante no tiene la guarda y custodia y, merced a la conducta del otro progenitor, sólo se ve privado del normal ejercicio de su derecho de visitas. Frente a tal situación el ahora denunciante carece de protección penal y para solventar el conflicto a que se enfrenta deberá acudir a los mecanismos que arbitra la jurisdicción civil.

Segunda. Auto 369/2012 de 26 de julio, AP de Tarragona, sección 4ª

[...] En este sentido, no podemos compartir la decisión del órgano instructor de no activar los mecanismos necesarios en orden a la traída al proceso de Doña. Ofelia así como la restitución y reintegro del hijo menor al padre (a quien le fue concedida la guarda del menor mediante auto de 13 de enero de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia 6 de Reus), remitiendo al apelante al procedimiento civil regulado en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (regulador de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), máxime cuando el art.13 Lecrim permite al juez instructor la adopción de medidas de prevención que se consideren necesarias en orden a hacer cesar la actividad dañosa denunciada y protección de los perjudicados, sin que ello suponga quiebra alguna del derecho de defensa o del principio de contradicción (siempre y cuando se den ciertos requisitos como idoneidad, proporcionalidad, legalidad), máxime en casos como el que ahora se examina en el que concurre un claro interés digno de protección como es el del menor [...].

Tercera. Auto 88/2012 de 23 de abril, AP de Barcelona, sección 18ª

[...] no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada tanto de la exposición concreta del hecho o hechos en que se basa para denunciar esta situación y más aún, si no se acompaña de prueba eficaz que corrobore la alegación. Nada de ello ha tenido lugar en este caso [...]

Cuarta. Auto 54/2012 de 13 de marzo, AP de Barcelona, sección 18ª

[...] La segunda causa que se invoca para evitar la restitución de las menores es la contemplada en el artículo 13 apartado b) del Convenio "grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". Dicha causa, como también ha señalado este Tribunal, debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo [...].

Quinta. Auto 160/2010 de 22 de diciembre, AP de Islas Baleares, sección 4ª

[...]En el presente caso, se ha acreditado por la parte demandada que la menor se opone a regresar a Polonia y ello por las manifestaciones de la propia menor deduciéndose la misma de la exploración judicial de Estela practicada por esta Juzgadora en fecha 18 de octubre de 2007, en la que manifestó su deseo de no regresar a Polonia porque quiere quedarse con su madre y el compañero sentimental de ésta [...].

[...] considera la Sala que la restitución de la menor no debió haberse denegado en el caso de autos. Siendo ello así por dos razones: en primer lugar, no cabe contemplar en el caso que nos ocupa la excepción referida en su artículo 13 sobre la base de las declaraciones de la menor -excepción atendida en el auto apelado-, por cuanto que, como quiera que la edad de la misma en la fecha de su emisión era de 7 años [...] en el bien

entendido de que, habida cuenta de la escasa edad de la niña, no puede predicarse de ella tal situación de madurez (la propia resolución de instancia no justifica lo contrario, ni se deduce ello de las declaraciones de la menor), bajo riesgo, en otro caso, de desvirtuar notoriamente la previsión Convencional [...].

Sexta. Auto 20/2004 de 6 de febrero, AP de Almería, sección 1ª

[...] «un retorno de las pequeñas (nacidas en los años 1994, 1996 y 2001) podría exponerlas a una situación de desequilibrio [...]

Frente a tal conclusión, desde la percepción de lo inmediato y ponderación de circunstancias concurrentes: terror que les infunde, a las menores, la persona del padre; su rechazo a cualquier tipo de contacto continuado con el, así como el arraigo de ellas y su madre en la localidad española en que se encuentran, las consideraciones técnico-jurídicas de la Abogacía del Estado deben decaer en beneficio de las menores, que no sólo inspira nuestra legislación nacional, sino que se refleja, evidentemente, en la exención que el art. 13 del Convenio establece, facultando a la, en este caso, autoridad judicial para negarse a ordenar la restitución si comprueba, cual es el caso, que el propio menor se opone a la restitución cuando éste hubiera alcanzado un grado de madurez apropiado para tener en cuenta su oposición [...].

Séptima. Auto 120/2011 de 9 de diciembre, AP de Lleida, sección 2ª

De conformidad con este precepto (art. 12) en el caso de que un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3, los órganos jurisdiccionales del Estado requerido deben ordenar su inmediata restitución, y sólo podrán denegar tal restitución si concurre alguna de las excepciones tasadas y recogidas expresamente en este precepto (y en el art. 13) y entre ellas, que haya transcurrido más de un año entre el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante, cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio [...].

Y ha quedado suficientemente acreditado por el informe emitido por el SATAF que las tres menores se encuentran plenamente integradas en su actual entorno escolar, social y familiar, valorando dicho informe que en la actualidad un nuevo cambio de contexto familiar, social y de figura de referencia perjudicaría el desarrollo y bienestar de las menores teniendo en cuenta la etapa evolutiva en que se encuentran. [...].

Octava. Auto 333/2008 de 19 de diciembre, AP de las Las Palmas, sección 3ª

En el presente caso, ninguna duda hay sobre la existencia de sustracción ilícita. [...]

Ahora bien, el interés del hijo menor, parámetro de decisión judicial en todo este tipo de procedimientos, se plasma en las excepciones del art. 12 y 13 del Convenio de La Haya [...] El art. 13, más restrictivo en sus excepciones, sostiene que si todavía no ha vencido el año desde la sustracción cuando comienza el procedimiento, la restitución sólo debe denegarse

cuando el reclamante no ejerce la guarda efectiva, o cuando la restitución expone al menor a un peligro físico o psíquico, o el propio menor se opone habiendo alcanzado una edad y grado de madurez en que resulta adecuado tener en cuenta sus opiniones.

[...] ya que en las actuaciones ha quedado demostrado por las dos exploraciones de la menor habidas en ambas instancias que la hija Teresa está plenamente integrada en la isla de Lanzarote (España), adecuadamente escolarizada, que progresa en sus estudios, que habla perfectamente el idioma español, y que su relación tanto con su madre como con su entorno de relación social es adecuada.

Novena. Sentencia de 3 de mayo de 2012, TEDH, sección 2ª. Caso Ilker Ensar Uyanki contra Turquía.

[...] El demandante, nacional de los Estados Unidos de América contrae matrimonio en el año 2000, y fija su residencia habitual en Durham (USA). El 9 de febrero de 2006 nace su hija, Yasemin Nur. El 29 de agosto de 2007 el demandante, su mujer y su hija viajan a Turquía de vacaciones y, estando en Turquía, en septiembre del mismo año la esposa del demandante le abandona y no regresa a Estados Unidos, quedándose con su hija. El 28 de noviembre de 2007 el demandante, quién había regresado ya a los Estados Unidos, presentó ante el tribunal civil del condado de Durham una demanda solicitando [...] el retorno de la niña con él.

[...] el tribunal de familia de Izmir desestimó la solicitud de devolución de la menor mediante una argumentación que dispone:

«(...) teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención, el tribunal llevó a cabo un procedimiento rápido (...) Los hechos en este caso han sido examinados a la luz de las alegaciones de las partes y de la psicología personal, social y psicológica de la menor(...)

1. La niña está recién salida de la edad de la lactancia materna (...)
2. La niña tiene menos de veinte y cinco meses de edad y necesita más del afecto y atención materna que paterna (...)
3. El procedimiento de divorcio está pendiente (...) de esto, los cónyuges han adquirido, en virtud de la legislación turca el derecho a vivir por separado. No existe ninguna regla que obligue a la madre a vivir en el domicilio común.
4. Teniendo en cuenta la edad de la niña y su relación con su madre, es el interés de la niña y sus necesidades lo que prima (...) El lugar donde estos intereses pueden cumplirse de la mejor manera puede ser el lugar de residencia (...) Dada la edad de la niña, el mejor lugar para ella es con su madre.

[...]

Por las razones anteriores mencionadas, el retorno de la niña sería contrario a los derechos e intereses de ésta, por lo que tenemos que rechazar la solicitud [...].»

El Gobierno sostiene que, dada su edad –veinticinco meses– en el momento de autos, la hija del demandante necesitaba más afecto y atención maternas que paternas, circunstancias que fueron establecidas por el tribunal de familia. Indica que teniendo en cuenta los intereses y necesidades de la niña, los tribunales nacionales rechazaron

la solicitud del demandante y que adoptaron, a la luz de los principios enunciados en la Convención de La Haya (RCL 1988, 684 y RCL 1989, 784) , la decisión de no devolución a los Estados Unidos.

El Gobierno también señala que los tribunales nacionales no concluyeron que la niña fue secuestrada por su madre y ella se había quedado con ella sin el conocimiento de su padre. Agrega que a partir de los elementos del expediente, se deduce que el demandante dejó a su esposa e hija en Turquía y regresó sólo a los Estados Unidos. Finalmente, indica que el tribunal de familia de Izmir consideró que las relaciones personales con su hija no estaban obstaculizadas.

El demandante alega que su hija fue retenida ilegalmente, contra los deseos paternos, lejos de su residencia habitual, [...] (y) precisa que, antes del desplazamiento de la niña, gozaba de un derecho de custodia en virtud de la legislación de los Estados Unidos, donde se encontraba su residencia habitual. Argumenta que su regreso a los Estados Unidos sin su hija no era una opción sino un imperativo ordenado por el hecho de que vivía y trabajaba allí. Agrega que en cualquier caso esta circunstancia no cambia en nada la existencia de la retención ilegal de la niña que denuncia al referirse a la Convención de La Haya.

[...]

El Tribunal recuerda además que, cuando se invoca la Convención de La Haya para fundamentar el retorno de un niño, ésta no se aplica de forma automática o mecánica. Requiere como prueba el reconocimiento por este instrumento de varias excepciones a la obligación de retorno asumida por los Estados miembros, que se basan en consideraciones objetivas relativas a la misma persona del niño y su entorno, lo que muestra que corresponde al tribunal implicado el adoptar un acercamiento en concreto del caso [...]

En este aspecto, el punto decisivo consiste en saber si se produce el equilibrio adecuado entre los intereses en juego –los del niño, el de ambos padres y los de orden público–, dentro del margen de apreciación que disfrutaban los Estados en la materia (Maumousseau y Washington [TEDH 2007, 88], mencionado, ap. 62), debe prevalecer siempre el interés superior del niño (Neulinger y Shuruk [TEDH 2009, 6], mencionado, ap. 134). Siendo así, el interés de los padres, incluyendo el tener un contacto regular con el niño, sigue siendo un factor en el equilibrio de los diferentes intereses en juego (ibíd., ap. 134).

[...] el tribunal observa, tras la lectura de las decisiones de esas jurisdicciones, que los únicos criterios que parecen haber contado son la edad de la niña y la necesidad de cuidados maternos (véase apartado 18).

A este respecto, el Tribunal recuerda que en virtud del artículo 3 de este Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) la no devolución de un niño es considerada como ilegal cuando se produce en violación de un derecho de custodia atribuido a una persona sola o conjuntamente, por la legislación del Estado en el que tenía la residencia habitual, y ejercida de forma efectiva. Por tanto, señala que nada de la fundamentación del tribunal de familia de Izmir indica que este tribunal haya investigado si el demandante era o no titular de un derecho de guardia y custodia en el sentido del artículo 3 de la Convención de La Haya (RCL 1988, 684 y RCL 1989, 784).

[...]

Asimismo, el Tribunal observa que, al considerar que la no devolución de la niña no obstaculizaba las relaciones personales de ésta con su padre, el tribunal de familia de Izmir no ha tenido suficientemente en cuenta el hecho de que la presencia de Yasemin Nur en Turquía hacía de facto ilusorio el mantenimiento de estas relaciones personales. A este respecto, no hay duda que su poca edad era un criterio a tener en cuenta en este tipo de litigio para determinar el interés del menor (Raban , mencionado, ap. 38), no podría considerarse como único criterio en virtud de las exigencias de la Convención de La Haya (RCL 1988, 684 y RCL 1989, 784) , para justificar el rechazo de la demanda del demandante.

[...]

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1º Declara la demanda admisible;

2º Declara que ha existido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ;

[...]

NOTA Y ANÁLISIS

1. En el presente comentario se procederá al análisis de un conjunto de decisiones judiciales recientes, sobre la aplicación judicial del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Excepto una, todas las decisiones comentadas tienen que ver con la aplicación de las disposiciones del citado Convenio por parte de la jurisprudencia española. De otra parte, si bien es cierto que en la actualidad existen otros instrumentos internacionales que regulan la sustracción de menores, tales como el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 o bien el Reglamento CE 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, no obstante, consideramos oportuno centrarnos tan sólo en la aplicación práctica del Convenio de La Haya antes referido [los motivos de la elección son fundamentalmente tres: en primer lugar su amplio ámbito de aplicación espacial; en segundo término, su dilatada trayectoria como instrumento de aplicación internacional; y, en tercer lugar, la prolijidad de supuestos considerados en la práctica jurisprudencial reciente]. Más en concreto, en este comentario se analizará el tratamiento jurisprudencial respecto de la restitución del menor, previamente sustraído ilícitamente, y las causas de oposición a dicha restitución.

2. No obstante lo anterior, consideramos oportuno detenernos previamente en dos decisiones. En las dos primeras resoluciones, del elenco de decisiones seleccionadas, los tribunales españoles deben acometer una tarea de delimitación jurídica en torno a la protección de los derechos de custodia y visita sobre un menor sustraído ilícitamente. En este sentido, se plantea ante los tribunales la sustracción internacional de menores como una cuestión de naturaleza penal. Ciertamente, el fenómeno de la sustracción de menores posee una doble vertiente, penal y civil, ocupándose el Convenio de La Haya de 1980 (en adelante léase C.Haya 1980) únicamente de los aspectos civiles de la misma. Además, como bien aprecia el juzgador del primer supuesto (Auto 645/2012 de 13 de septiembre, AP de Madrid,

sección 1ª), los supuestos en los que es posible actuar penalmente contra la sustracción de menores difieren del ámbito de aplicación de los mecanismos de restitución en el orden civil. De esta suerte, la persecución penal de la sustracción internacional de menores se circunscribe a los supuestos en los que el derecho conculcado, fruto de la sustracción del menor, es el derecho de custodia. Y, por el contrario, no procedería la persecución penal en aquellos casos en los que fuese el titular del derecho de custodia el que sustrajese al menor infringiendo un derecho de visita de un tercero. En este último supuesto, tan sólo están a disposición del titular del derecho de visita los mecanismos civiles de restitución del menor, esto es, los mecanismos contemplados en el C. Haya 1980.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta, tal y como establece la AP de Tarragona (sección 4ª) en su Auto nº 369/2012 de 26 de julio, que iniciado el procedimiento ante la jurisdicción penal, y habiéndose verificado que no procede la persecución criminal de la conducta, debe el juzgador activar los mecanismos necesarios en orden a la restitución y reintegro del menor al Estado de su residencia habitual anterior al traslado, y no limitar su actuación a remitir a la parte actora al procedimiento civil regulado en el C. Haya 1980. En el supuesto tratado en esta resolución, la AP Tarragona procede a corregir la actuación del juzgador *a quo*, quién no había activado los mecanismos de restitución del ámbito civil, por entender que, dado la naturaleza no criminal de la sustracción del menor que debía enjuiciar, debía cesar sus actuaciones y remitir a la parte actora a que fuese ella quién tuviese la carga de iniciar el procedimiento civil oportuno.

3. En la tercera y cuarta resoluciones que ahora comentamos, dos Autos de la sección 18ª de la AP de Barcelona [autos nº 88/2012 y 54/2012 respectivamente], se le presenta al juzgador la necesidad de identificar y delimitar el alcance del art. 13 b) C. Haya 1980. En dicho artículo, se contempla una de las causas de oposición a la restitución del menor sustraído. Se trata de aquellos supuestos en los que, fruto de dicha restitución del menor a su Estado de residencia habitual anterior al traslado o retención ilícita, pueda exponerse al menor a un grave peligro físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza. No obstante, es preciso matizar el correcto alcance de esta excepción. Así, es necesario que el eventual peligro o riesgo, derivado de la restitución, sea verificable y afecte de modo directo al menor y no a cualquier otro de los sujetos involucrados en el procedimiento, como por ejemplo quién ha solicitado la restitución, o bien quién ha efectuado el traslado o retención del menor. En este orden de consideraciones, la Audiencia Provincial de Barcelona ha resuelto, en su Auto número 88/2012 de 23 de abril, que para considerar la existencia de riesgo o peligro para el menor "no basta la mera mención a la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada [...] de prueba eficaz que corrobore la alegación". Además, la constatación y valoración del riesgo para el menor habrá de interpretarse de forma restrictiva, no constituyendo un riesgo efectivo el hecho de que la custodia del menor tras la restitución se atribuyere a una Administración Pública, privando de tal suerte a sus progenitores de la misma por una decisión adoptada por los Tribunales del Estado de origen del menor. Así lo establece acertadamente la misma AP de Barcelona en Auto número 54/2012 de 13 de

marzo, al considerar que la pérdida de la custodia de los padres biológicos no supone un verdadero riesgo para el menor. En definitiva, para poder apreciar esta causa de oposición, debe ser el menor el objeto central de la situación de riesgo o peligro, además de que dicho peligro debe poder verificarse, siendo objeto siempre de interpretación restrictiva.

4. En las resoluciones quinta y sexta de la selección ahora comentada, los tribunales dilucidan el contenido y alcance del último inciso del art. 13 C. Haya 1980. En la medida en que el interés superior del menor es el principio inspirador de la normativa considerada en materia de sustracción de menores, la opinión del menor respecto a su propia situación habrá de ser tomada en consideración. Es por ello que, el último inciso del artículo 13 del Convenio, regula como causa de oposición a la restitución la oposición manifiesta del menor a la misma. Se trata de aquellos supuestos en los que el menor trasladado o retenido de forma ilícita se opone a la restitución, poseyendo éste la capacidad y grado de madurez apropiados para poder ser oído. Ahora bien, en tales casos el principal problema surge a la hora de determinar un criterio fijo en relación con la determinación de la edad desde la cual la opinión del menor debe ser tenida en cuenta. Ciertamente, no consideramos que sea posible fijar un criterio rígido en relación con la edad del menor, dado que resulta evidente el diferente grado de desarrollo psíquico de cada niño singularmente considerado. Se trata, por tanto, de un elemento supeditado a la concreción casuística. A este respecto, las últimas decisiones jurisprudenciales han sido vacilantes. Así por ejemplo, en el Auto número 160/2010 de 22 de diciembre de la AP de las Islas Baleares (sección 4ª), el juzgador entiende que las opiniones formuladas por una menor, de 7 años de edad, no pueden ser tomadas en consideración. De suerte tal que, las manifestaciones de la menor en relación con la existencia de maltratos físicos sufridos por su madre de parte de su padre, no pueden tenerse en cuenta pues "habida cuenta de la escasa edad de la niña, no puede predicarse de ella tal situación de madurez". Por el contrario, en el caso resuelto por Auto número 20/2004 de 6 de febrero, la AP de Almería consideró suficiente para denegar la restitución de las menores, la mera afirmación de tres menores, de 3, 8 y 10 años respectivamente, según las cuales su padre les "infundía terror" y manifestaban "su rechazo a cualquier tipo de contacto continuado con él". En definitiva, ante la imposibilidad de determinar un criterio prefijado y rígido en torno a la edad en que la opinión del menor debe ser tomada en cuenta, será preciso valorar las circunstancias personales y la aptitud y madurez del menor en el caso concreto. Para ello habría de tenerse en cuenta, no sólo la madurez del menor, sino también los eventuales condicionamientos a los que su voluntad pudiere haber sido sometida.

5. En el Auto nº 120/2011 de 9 de diciembre, y 333/2008 de 19 de diciembre, tanto la AP de Lleida (sección 2ª) como la AP de Las Palmas (sección 3ª) respectivamente [decisiones séptima y octava de la relación inicial de decisiones comentadas], resolvieron sendos procedimientos de restitución de menores al amparo del C. Haya 1980. En ambos supuestos se planteó la oportunidad de no restituir a los menores, en aplicación del art. 12 C. Haya 1980. El referido artículo prevé la posibilidad de denegar la restitución del menor si puede

verificarse que el menor "ha quedado integrado en su nuevo ambiente", siempre y cuando haya transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita. En la medida en que la restitución tiene por objetivo reintegrar al menor al ambiente en que desarrollaba su vida, y en el que se encontraba integrado social, familiar y culturalmente, en nada se beneficiaría a éste si la restitución supusiese una nueva quiebra de la situación de integración en la que se haya, en el Estado de nueva residencia. Es por ello que, como reiteradamente ha dictaminado la jurisprudencia, esta excepción opera con independencia de que la sustracción del menor pueda ser calificada como ilícita, de conformidad con las disposiciones del propio Convenio. Es más, en los supuestos en los que deba constatararse la integración del menor, el juicio que pueda efectuarse respecto de la naturaleza lícita, o no, del traslado, así como de a quién corresponda el ejercicio del derecho de custodia, carece de significación en la valoración judicial sobre la oportunidad de la restitución del menor. En los dos supuestos de hecho, de las decisiones ahora comentadas, las respectivas Audiencias actuaron correctamente, al analizar el grado de integración del menor teniendo siempre presente que es el interés del mismo el que debe prevalecer, y la necesidad de que se cumpliese el plazo mínimo de un año desde el traslado para poder valorar este elemento. Ahora bien, en relación con el cómputo del plazo de un año contemplado en el artículo 12 del Convenio, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente. En primer lugar, si los interesados presentan la solicitud de restitución del menor antes de un año desde el traslado o retención ilícitas, no podrá valorarse la integración del menor como causa de oposición a la restitución del mismo (entre otros cf. J.C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 368-369; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dir.), *Derecho internacional privado vol. 2*, 13ª ed., Comares, Granada, 2013, pp. 442-443. Vid. S. Álvarez González, "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva", *Derecho privado y Constitución*, nº 16, 2002, pp. 41-63; P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Oviedo, 2008, pp. 9 ss; E. Rodríguez Pineau, "Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador", *La Ley*, nº 4986, 7-2-2000, pp. 1-6). Además, en tales supuestos, el mero hecho de que las dilaciones en el procedimiento de restitución provoquen un retraso de la misma, por un plazo mayor al año, no permitiría a las Autoridades del Estado de situación del menor, considerar la integración del mismo como causa de no restitución. Esta previsión tiene sentido desde el punto de vista de aquellos secuestros en los que la actividad procesal de una de las partes tiene por finalidad la dilación del procedimiento, a fin de poder argumentar la integración del menor o, de otra parte, los casos en los que el menor secuestrado permanece "oculto", con la finalidad de que el tiempo en su nueva ubicación transcurra por plazo superior al año.

6. En la novena, y última de las decisiones comentadas, el TEDH trata directamente el alcance del principio del interés superior del menor, en tanto que posible causa de oposición a la restitución. Asimismo, aunque de forma colateral, también se alude a las causas de oposición a la restitución previstas en el art. 13 a) C.Haya 1980, en relación con la falta de

ejercicio efectivo del derecho de custodia y/o visita por el solicitante de la restitución, o la existencia de consentimiento por parte del mismo sujeto al traslado del menor. En relación con el principio del interés superior del menor, en sí mismo, dicho principio inspira toda la regulación de la sustracción de menores. Asimismo, se erige en parámetro de interpretación del conjunto de disposiciones del Convenio en general, y de la aplicación de las causas de oposición a la restitución en particular. No obstante, el articulado del texto convencional no contempla ninguna excepción específica que permita oponerse a la restitución de un menor sustraído, sobre la base de que su interés superior se vea perjudicado. Antes bien, el interés del menor es el principio subyacente en todas las causas de no restitución reguladas. A este respecto, para ilustrar la actuación práctica del principio mencionado, resulta del todo oportuna la determinación adoptada por el TEDH en la resolución del caso Ilker Ensar contra Turquía, anteriormente mencionado. En este concreto supuesto, se trata de determinar si procede la restitución de una menor, residente habitual en los Estados Unidos de América, y retenida por su madre en Turquía, impidiendo de tal modo el ejercicio efectivo de la custodia por el padre, quién permanece en Estados Unidos. Entre otros argumentos, los Tribunales turcos consideran que el principio del interés superior de la menor (inspirador del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores) es fundamento suficiente en sí mismo para oponerse a la restitución, y que, dada la edad de la niña (veinticinco meses), ésta requiere más el afecto y atención maternas que los paternas. Lo que en definitiva implica que el interés de la menor justifica su permanencia en Turquía, al cuidado de su madre.

Nos encontramos ante un supuesto en el que el TEDH debe clarificar el alcance y contenido del principio del interés superior del menor. A este respecto, la interpretación efectuada por los Tribunales turcos tiene un marcado carácter tendencioso. Es cierto que el interés del menor debe primar sobre cualesquiera otros intereses en presencia en el traslado. No obstante, la valoración de dicho interés no puede supeditarse al interés subjetivo de uno sólo de sus progenitores. Dado que la menor no puede manifestar su voluntad, fruto de su escasa edad, la valoración de su interés debe efectuarse prioritariamente desde criterios objetivos. Si bien nadie discute que la madre puede fijar libremente su domicilio, no menos cierto es el hecho de que un cambio repentino de residencia no debe perjudicar las relaciones paternas con la menor. Partiendo del hecho de que ambos progenitores ejercían de modo efectivo su custodia sobre la menor, la mayor necesidad de afecto materno no puede considerarse un criterio válido para sustraer a la niña del lugar dónde residía habitualmente, quebrando las posibilidades de que ésta tenga una relación efectiva con su padre. En tal supuesto, parece que el único interés que se está teniendo en cuenta es el interés materno en permanecer con la menor en Turquía, lejos del padre de la misma. Y, dicho argumento, sólo puede entenderse desde la perspectiva de la existencia de un pretendido mejor derecho de la madre sobre el desarrollo emocional de la menor.

En otro orden de consideraciones, los tribunales turcos no oponen, a la demanda de restitución presentada por el padre, ninguna de las causas de denegación previstas en el C. Haya 1980, es más, ni siquiera consta que se hayan pronunciado sobre la constatación de

un supuesto de retención ilícita. En este sentido, todo parece indicar que no se ha abordado la cuestión por el único motivo de que, en el caso, no podría verificarse ninguna de las causas de denegación antes aludidas. En primer lugar, ambos progenitores ejercían de modo efectivo la custodia sobre la menor, y el consentimiento del padre respecto del traslado no permite afirmar que dicho consentimiento se extienda más allá del tiempo que la familia tenía previsto permanecer en territorio turco. Desde el instante en que la madre no regresa a Estados Unidos, contra la voluntad expresa del otro progenitor, el consentimiento de éste último se desvanece, y la situación se describe como una retención ilícita. No parece factible el argumento esgrimido por la jurisprudencia turca, según el cual, el padre, al abandonar el país, está consintiendo tácitamente que la menor sea retenida en Turquía. En segundo lugar, ni se ha alegado, ni es posible verificar que del regreso a Estados Unidos pueda derivarse un grave riesgo o peligro para la menor, así como tampoco que la menor se oponga a dicho traslado. En tercer lugar, la restitución no podría denegarse sobre la base de una eventual integración de la menor en su nuevo Estado de residencia, habida cuenta de que no ha transcurrido más de un año desde su traslado y posterior retención ilícita. Así como tampoco puede acreditarse la integración en su nueva residencia, fundamentalmente por su escasa edad.

7. Finalmente, consideramos que es necesario cuestionarse sobre la verdadera eficacia práctica del Convenio. Y ello porque, si bien es cierto que los supuestos en los que su aplicación inapropiada no son muy numerosos, las consecuencias de su inaplicación en nada tienen que ver con el propio objetivo de dicho Convenio. Es decir, en el presente caso ha quedado constatada la existencia de una retención ilícita, así como la escasa consideración que los tribunales turcos han tenido respecto de las prescripciones del Convenio, al realizar una interpretación *sui generis* del mismo. No obstante, la única medida que el TEDH puede adoptar al respecto, más allá de las oportunas lecciones interpretativas, pasa por las sanciones económicas. Y en este caso, el valor monetario, en concepto de indemnización por los daños morales derivados de verse privado del contacto regular con la menor, se ha fijado en 12.500,00 Euros. Una decisión que permite diversas interpretaciones, más aún cuando quién ha retenido ilícitamente a la menor, parece haber quedado exenta de responsabilidad alguna.