

DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE MENORES, PROCEDIMIENTO DE RETORNO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO JURÍDICO. 1. El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. 2. El Convenio del Consejo de Europa. 3. El procedimiento especial de la LEC. III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA. 1. El Convenio de La Haya. 2. El Convenio del Consejo de Europa. IV. LA STC 120/2002, DE 20 DE MAYO. V. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en el año 1975 los medios de comunicación españoles se hicieron eco del asunto *Bornes contra Fuentes Bobo* (1), no hacían sino llamar la atención sobre un supuesto aislado que era noticia, precisamente, por ello. Hoy el tema del traslado ilícito de menores a través de

(1) *Sent. TS (Sala 1) de 8 de abril de 1975*: un español y una noruega contrajeron matrimonio civil en Oslo, del que nació un hijo. La esposa interpuso prontamente demanda de separación ante las autoridades noruegas, consiguiendo la custodia del menor. El padre se trasladó a España con el mismo al tiempo que la madre trataba de que se reconociera en nuestro país la sentencia noruega. La petición fue denegada, pero mediante medidas provisionales se le otorgó la guarda del menor compartida con los abuelos paternos; tales medidas fueron revocadas con atribución de la guarda al padre. En última instancia el TS declaró que el niño quedara bajo la custodia de la madre hasta alcanzar la edad de 7 años. La madre se desplazó a Noruega con su hijo y al amparo de la sentencia noruega hizo caso omiso al pronunciamiento del TS (*Jurisp. Civil*, marzo-abril, 1975, núm. 153; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 270-273).

las fronteras, generalmente por uno de sus padres, es noticia, precisamente, por lo contrario: por su cotidianeidad. Cotidianeidad que no es privativa de España sino que resulta un denominador común en la mayoría de los países de nuestro entorno. Esto tiene manifestaciones en una ya relativa abundante literatura (2), y una significativa práctica judicial; datos que atestiguan no sólo la actualidad del tema, sino también el carácter problemático del mismo.

El desplazamiento internacional o la retención de un menor en vulneración de un derecho de guarda o visita, decretado sobre el mismo o resultante de una relación *ex lege*, ha motivado tanto la articulación de un buen número de mecanismos normativos tendentes a preservar el interés del menor, mediante su concreción en diversas técnicas (3), cuanto interesantes pronunciamientos de las más altas instituciones: el Tribunal Constitucional alemán (4), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (5) y, recientemente, el Tribunal Constitucional español han

(2) Por ceñirme exclusivamente a la española y por toda *vid.* el monográfico surgido de las II Jornadas de Derecho internacional privado, *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1993, con aportaciones de J.M. ESPINAR VICENTE, B. ANCEL, D. P. FERNANDEZ ARROYO, C. GONZALEZ BEILFUSS y A. BORRAS RODRIGUEZ. Además, P.P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989. Ya antes, S. ALVAREZ GONZALEZ, "Secuestro internacional de menores ('legal kidnapping') y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *Poder Judicial*, 2º época, núm. 4, 1986, pp. 9-32. Además, resulta imprescindible el Informe que acompañó al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, elaborado por E. Pérez Vera, y que puede consultarse en *Actes et documents de la Quatorzième session, tome III, Enlèvement d'enfants*, La Haye, 1982, pp. 425-473.

(3) Normativa que encuentra su cúspide en los arts. 10 y 11 de la Convención sobre los derechos del niño. En concreto el art. 11 señala que "Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero... Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos ya existentes".

(4) BVerfG, 2 BvR 1206/1998, de 29 de octubre de 1998; BVerfG, 2 BvQ 4/99, de 11 de marzo de 1999, y BVerfG, 2 BvR 6/1999, de 3 de mayo de 1999 (textos consultados a partir de <http://www.bverfg.de/>).

(5) Por *Sent. de 25 de enero de 2000*, en el asunto *Ignaccolo-Zenide contra Rumania* el Tribunal condenó a Rumania por violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no haber adoptado las medidas razonablemente exigibles para hacer cumplir una resolución de retorno dictada en el contexto del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El TEDH ha tenido ya ocasión de enfrentarse en otros supuestos (el último que finaliza por desestimiento *Decisión de 12 de septiembre de 2002*, demanda núm 10763/02, presentada por KERSTIN SIGRID y KATRINE WILLIAMS contra Alemania; *vid.*, A. SCHULZ, "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Haager Kindesentführungsübereinkommen und das Sorge-und Umgangsrecht", *IPRax*, 2001, pp. 91-96).

tenido que fiscalizar el tema a la luz de los irrenunciables y superiores derechos de protección de la vida familiar, del libre desarrollo de la personalidad, la protección del interés superior del niño o de la tutela judicial efectiva.

En las páginas que siguen, expondré muy sucintamente el marco normativo en sus distintos niveles o escenarios; los problemas que dicho marco ha suscitado en la práctica española de los últimos años; el alcance de la STC 120/2002, de 20 de mayo, unas conclusiones sobre el pasado y unas opiniones sobre el futuro. Antes no me resisto a volver a recordar que la tipología del desplazamiento ilícito de menores desborda cualquier intento de sistematización y junto a los que podríamos llamar “supuestos tipo”, en los que uno de los progenitores se desplaza con los hijos lejos del Estado de residencia habitual del otro en el contexto de una crisis matrimonial (6), son cada vez más abundantes los que implican a otras personas (abuelos, tíos...) (7), o plantean ilícitos desplazamientos sucesivos (8).

II. EL MARCO JURÍDICO

1. *El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*

El mecanismo específico hasta ahora más eficaz para combatir los supuestos de traslado internacional de menores es el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. Ratificado por España, se trata de un

(6) Por ejemplo, entre los más recientes, *Auto del Juzgado núm. 5 de Pontevedra de 15 de abril de 2000*, la madre española de un menor con doble nacionalidad española y ecuatoriana se trasladó a España con el mismo, el 21 de diciembre de 1999, quedando el padre, de nacionalidad ecuatoriana y residente en Ecuador (hasta entonces también residencia de madre e hijo) en el país latinoamericano. El 31 de marzo de 2000 se turnó al Juzgado la demanda de solicitud de cooperación internacional, para la restitución del menor (Inédito).

(7) La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 29 de septiembre de 2000*, AC, 2000, núm. 1615, ordenó la devolución de un menor portugués cuya madre lo había retenido como consecuencia del ejercicio de un derecho de visita frente a su tía paterna. La aplicación conjunta (y confusa) de dos convenios internacionales no impidió el retorno.

(8) Significativo es el supuesto de hecho que da origen a la *Sent. Bundesverfassungsgericht de 29 de octubre de 1998*, traslado ilícito de Alemania a Francia de dos menores por su madre y nuevo traslado —igualmente ilícito— de los menores a Alemania por su padre.

“convenio estrella”, si tenemos en cuenta tanto el número de Estados que se han obligado por él (9), cuanto la práctica que ha generado (10).

El convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita; dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años, y dedica el núcleo principal de su articulado a disciplinar la cooperación *ex post* al hecho del desplazamiento (organización del retorno del menor al Estado contratante del que fue desplazado), mientras que la regulación específica del derecho de visita (y creo que este es un primer elemento de reflexión) se limita a un solo artículo (el 21), quedando en un claro segundo plano y dejando de lado una de las recomendaciones más oportunas que los trabajos preparatorios mostraron: incidir sobre la cooperación de autoridades para hacer efectivo el derecho de visita: un efectivo y satisfactorio ejercicio del derecho de visita es uno de los mejores remedios contra los desplazamientos. Este segundo plano de la perspectiva *ex ante* es un claro déficit del mecanismo convencional, que ya adelanté antes de la propia ratificación del Convenio por España (11) y que, por fin, ha despertado la atención de la Conferencia de La Haya (12).

Dicho mecanismo tiende a la restitución inmediata del menor ilícitamente desplazado o retenido al Estado de su residencia habitual. Restitución que no implica decisión sobre el fondo de los derechos de guarda y visita, sino, meramente, un restablecimiento de la situación dada. Un segundo elemento para la reflexión es, precisamente, la limitación de la secuencia al juicio sobre el retorno del menor. El sistema

(9) BOE, 24 de agosto de 1987. A 30 de agosto de 2002 son ya 73 los Estados contratantes del Convenio (fuente: <http://www.hcch.net/f/status/stat28f.html>).

(10) Además de parte de la española que aquí relataré, es sumamente significativo que el vol. V de la recopilación de M. SUMAMPOW, dedique 174 páginas (82-256) de 386 a la práctica deparada por este convenio, repartiendo el resto entre otros 16 convenios (M. SUMAMPOW, *Les nouvelles conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. V, La Haya, Boston, Londres, 1996).

(11) Denunciado ya en S. ALVAREZ GONZALEZ, “Secuestro internacional de menores”, *loc. cit.*, pp. 22-23.

(12) La Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio reunida en sesión de 22 a 28 de marzo de 2001 llegó a la “conclusión” de reconocer el déficit del Convenio en relación al objetivo de asegurar la protección del derecho de visita en las situaciones transfronterizas... reconociendo los Estados contratantes la seriedad del problema y la necesidad de abordar el tema valorando la oportunidad de adjuntar un protocolo al Convenio, a cuyo fin se establece un “Documento de consulta sobre el derecho de visita y el derecho de mantener un contacto transfronterizo” (documento que puede consultarse en <http://www.hcch.net>).

deja conscientemente al margen los aspectos relativos a la futura organización de la guarda del menor (a veces, incluso, la anterior organización de la misma (13)) y el ejercicio de sus derechos de comunicación con los padres; aspecto de suma importancia en supuestos como el que da origen a la STC 120/2002, de 20 de mayo. Confianza en las autoridades de los Estados contratantes, por un lado, y claridad y celeridad en la puesta en marcha de los mecanismos convencionales, por otra, determinan esta reducción de la secuencia a un primer plano cinematográfico en detrimento de los planos generales con secuencias que permitan ver el antes y, sobre todo, un después que consciente e *inconscientemente* se obvia.

Lo que hoy se llamaría “idea fuerza” del Convenio es, cómo no, la preservación del interés del menor; interés que se identifica con la permanencia en su entorno vital y, como corolario, en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado. Ello hace que el Convenio pivote sobre una especie de prolongación de la máxima *solve et repete*: primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre quién ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos (si es que aún se dan las condiciones para la discusión).

Esta descripción, que podríamos encontrar en cualquier manual o trabajo *ad hoc*, ya encierra una perversión en sí misma: creo que la descripción adecuada habría de señalar que primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre quién/dónde [se] está en mejores condiciones de garantizar los derechos del menor de estar con sus padres y/o ser visitado por ellos, garantizando su interés, siempre que ello sea posible; es decir, siempre que el retorno no sea ya un obstáculo para la preservación de dicho interés. Esta idea, que poco a poco va calando en la configuración de este tipo de problemas (14), está lejos de concurrir en la práctica y tampoco se encuentra claramente exigida en el Convenio. De hecho, el concepto de “interés del menor” o “intereses del menor” tan sólo aparecen de forma expresa en el preámbulo o exposición de motivos del Convenio. Que no se repita en el articu-

(13) De nuevo el supuesto que dio origen a la *Sent. Bundesverfassungsgericht de 29 de octubre de 1998* es ilustrativo: la madre había trasladado ilícitamente a los hijos menores de Alemania a Francia, mas cuando el padre volvió a trasladarlos a Alemania, los tribunales germanos en aplicación del Convenio sólo analizaron este segundo traslado para considerarlo ilícito y, consecuentemente, ordenar el retorno.

(14) Que exige hablar del derecho de guarda o de visita “de los menores” y no “de los padres”. Significativo es el título de la obra de M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, 1998.

lado no es fruto de la casualidad, sino un resultado buscado, con el fin de eliminar un mecanismo que entonces (1980) se consideraba peligroso en manos de las autoridades nacionales: peligroso por significar un posible escape al retorno del menor desplazado en beneficio del progenitor que realizó el desplazamiento ilegal (15). En las conclusiones volveré sobre este aspecto.

2. El Convenio del Consejo de Europa

El Convenio europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980, en el seno del Consejo de Europa, es un convenio fundamental aunque no exclusivamente (también contempla la devolución inmediata del menor en supuestos muy concretos) sobre reconocimiento y ejecución de decisiones (16). Se encuentra informado por el principio básico de la consideración del interés del menor que, presente ya en el preámbulo del texto convencional, aparece de forma continua a lo largo de todo su articulado, ya sea de forma expresa, ya por su identificación u objetivación en determinadas circunstancias y hechos, representando la idea eje inspiradora de todas las soluciones que se proponen. Junto a ello, su propia naturaleza hace que en el concepto "traslado ilícito" se contemplen solamente aquellos supuestos en los que el desplazamiento del menor se ha realizado en trasgresión de una resolución ya existente sobre su guarda o que se haya dictado con posterioridad, no considerándose como tal el supuesto en que la custodia estaba atribuida *ex lege* o era ejercida de facto, al contrario de lo que contempla el Convenio de La Haya (17).

En su Título II se encuentra el núcleo central del Convenio, dentro del cual los artículos 8, 9 y 10 representan la cristalización de las soluciones a los dos problemas más ampliamente discutidos por el Comité de expertos en el periodo de elaboración del texto convencional: de un lado, la amplitud de la discrecionalidad judicial para rechazar el reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a la custodia y, de

(15) *Informe E. PEREZ VERA*, p. 431, núms. 22 y 23.

(16) *Vid.* A. MARIN LOPEZ, "El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores", *ADI*, 1983-1984, pp. 211-226.

(17) Por más que esta idea no siempre se haya entendido: el *Auto Aud. Provincial de Zaragoza de 28 de marzo de 1994* (AC, 1994, núm. 528), consideró que el desplazamiento no era ilícito por ser anterior a la resolución judicial foránea reguladora de su custodia.

otro, las circunstancias que podrían justificar un retorno automático del menor (18).

El artículo 11 referido al derecho de visita, abre la posibilidad a la autoridad del Estado requerido que sea competente para que fije “las modalidades del cumplimiento y del ejercicio de derecho de visita”, así como para resolver en cuanto al mismo cuando tal extremo no viniese recogido en la decisión extranjera. El problema que suscita esta posibilidad vuelve a ser el de su efectividad. De hecho, situándose la mayoría de los problemas en torno a un desplazamiento de un menor, la eventual devolución de éste implica la necesidad de que las medidas adoptadas por el Juez español, integrativas o correctoras de las adoptadas en la sentencia extranjera sobre el ejercicio del derecho de visita, habrán de hacerse valer, de ordinario, el país de origen de tal sentencia, con las dificultades que ello implica. Sin que ello, contrariamente a lo que el supuesto contemplado por la STC 120/2002 muestra en la Sentencia de la Audiencia, pueda determinar la absoluta ineficacia de dichas medidas.

Este convenio es, no obstante su interés, una especie de “hermano pobre” el del Convenio de La Haya, tanto por sus limitaciones en cuanto al número de Estados parte (muy inferior y, además, salvo Liechtenstein, todos parte también en el primero), cuanto a las derivadas de los supuestos contemplados (aquellos en los media una resolución judicial) y a la propia absorción práctica del problema por el mencionado Convenio de La Haya.

3. El procedimiento especial de la LEC

Durante años, la aplicación de los dos convenios mencionados se vio condicionada por la *inexistencia de una normativa interna* que acomodase sus mandatos a un concreto procedimiento; ello motivó no pocas dudas y distorsiones de importancia en la práctica española a la que haré mención en el apartado siguiente. La situación de inseguridad trató de combatirse en el año 1996, cuando entran en vigor los

(18) La polarización de posiciones puesta de manifiesto en el seno del Comité fue encauzada de modo que los Estados discrepantes con las soluciones retenidas en relación con los supuestos de retorno inmediato del menor y las causas tasadas de denegación de la ejecución pudieran preservar su posición a través de las reservas permitidas en el art. 17.1§. España hizo uso de este derecho, modulando los preceptos citados en el sentido de permitir una mayor libertad a nuestros Jueces y Tribunales a la hora de valorar las circunstancias que concurren en el traslado, aunque las reservas fueron retiradas con efectos 28 de julio de 1995.

nuevos artículos 1901 a 1909 de la LEC, introducidos por la Disposición final decimonovena de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El procedimiento por ellos instaurado sigue siendo eficaz tras la entrada en vigor de la nueva LEC, que lo deja a salvo (Disp. derogatoria única), hasta la entrada en vigor de la (futurible) Ley sobre jurisdicción voluntaria (o, quizá, una futurible Ley de cooperación jurídica internacional).

Las nuevas normas configuran un proceso destinado al retorno del menor desplazado que puede considerarse como una respuesta implícita a los problemas planteados en la aplicación del Convenio de La Haya, lo que quizá represente su primera limitación. Se presenta ágil y rápido, tratando de garantizar en todo caso los principios de audiencia y contradicción, al tiempo de evitar dilaciones que frustrarían la consecución de la finalidad del retorno. A tales efectos, el nuevo artículo 1902 LEC lo configura como un procedimiento de "carácter preferente" y que deberá realizarse dentro del plazo de *seis semanas* desde que se hubiere solicitado al Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos; para su activación existe una amplia legitimación activa y en él siempre intervendrá el Ministerio Fiscal (art. 1902,2 y 3 LEC). En caso de que exista oposición, el procedimiento proseguirá ante el mismo Juez que está conociendo, por los trámites del juicio verbal, con una primera comparecencia en la que las partes y el Ministerio Fiscal alegarán lo que estimen pertinente y propondrán la práctica de pruebas para una ulterior comparecencia que habrá de tener lugar necesariamente dentro de los cinco días siguientes a partir de la primera.

La seguridad jurídica y el avance sustancial respecto de la situación anterior aportados por este nuevo procedimiento no le hace ajeno a algunos problemas, que paso a enumerar.

En primer lugar, esa justificación implícita de estar dando respuesta al Convenio de La Haya plantea, como he señalado, su primer déficit: el procedimiento es sólo aplicable en los supuestos en que "...siendo aplicable un Convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiere sido objeto de un traslado o retención ilícita...". Al margen de la existencia de convenio parece que el procedimiento no es pertinente (19). Mas los problemas no terminan ahí.

(19) Así E. RODRIGUEZ PINEAU, "Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador", *La Ley*, 2000, D-29, pp. 17491758 (Diario núm. 4986, de 7 de febrero de 2000), p. 1752, tras valorar las distintas posibilidades.

Decidir a qué tipo de convenio se están refiriendo los artículos 1901 y siguientes de la LEC no resulta fácil. Parece que, en principio, la regulación de los Convenios de La Haya y de Luxemburgo en torno al retorno de los menores desplazados se acomoda perfectamente a lo previsto por la LEC. Más discutible es que lo mismo suceda con todos aquellos que se refieren al reconocimiento de resoluciones extranjeras: por ejemplo, cuando se solicita el retorno de un menor desplazado a España sobre la base de la ejecución de una sentencia vía un convenio bilateral: el menor chino cuya devolución se pretende haciendo valer una sentencia dictada por una autoridad judicial china, al amparo del Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín, el 2 de mayo de 1992. Incluso pienso que la compatibilidad entre el procedimiento previsto y las exigencias de un proceso de reconocimiento de una sentencia extranjera (al margen, claro, del reconocimiento automático) se resiente claramente; algo que pondría en tela de juicio la propia aplicación del procedimiento especial a los supuestos contemplados por los artículos 9 y 10 del Convenio de Luxemburgo, y, sin duda, a los supuestos de aplicación de este convenio en los que no haya mediado traslado o no se solicite la restitución (20).

En segundo término, la idea de agilizar el procedimiento puede implicar una merma en la eficacia de la prueba, cuando, como es habitual (21) ésta consista en informes psicológicos o de otro tipo con el menor como sujeto, con vistas a determinar su verdadero interés. Resulta sorprendente leer decisiones en las que se acepta con resignación la imposibilidad de practicar nuevas pruebas en apelación en la búsqueda de las evidencias sobre la licitud o ilicitud del traslado, al suponer un incumplimiento de los plazos legales y de la celeridad ordenada por el Convenio; en fin, sobre el verdadero interés del menor. Este es el caso, por ejemplo, de sentencia en la que trae causa el recurso de amparo resuelto por la STC 120/2002. En ella se lee literalmente que

“... resulta inadecuado [...] realizar en la presente alzada un pronunciamiento de fondo, que igualmente sería sumamente difícil par-

(20) Según E. RODRIGUEZ PINEAU, *loc. cit.*, p. 1751, la extensión a los convenios bilaterales es admisible en los casos de convenios *específicos* sobre la materia (no así en los supuestos de convenios *genéricos*, como el del ejemplo).

(21) Por ejemplo, *Sent. Aud. Prov. de Burgos (Sección 3ª) de 24 de enero de 1991, REDI, 1992-30-Pr*, y nota de DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO, pp. 221-223, o el no publicado *Auto de la Aud. Prov. de Granada (Sección 3ª) de 9 de diciembre de 1993*.

tiendo de los escasos e incompletos testimonios elevados al Tribunal, que no permiten concluir, con el debido conocimiento de causa, si el traslado fue o no ilícito, en cuanto posterior o anterior a la decisión de los Tribunales polacos sobre la custodia de la menor, lo que exigiría, para lograr la convicción necesaria, la práctica de nuevas pruebas, en cuanto diligencias para mejor proveer, con remisión del expediente original a este Organó «ad quem». Y tales actuaciones provocarían una mayor demora, excluida por la normativa que debe aplicarse al caso, para llegar a un resultado ajeno a la finalidad del recurso de apelación, conforme ya se dijo, por lo que deben ser excluidas las mismas” (22).

Una tercera cuestión es que existen algunas dificultades de articulación de los plazos procedimentales, quizás debidas a la deficiente redacción que se aprecia en algunos de los preceptos (así, por ejemplo, comparecencias y plazos comprendidos por los artículos 1906 y 1907 LEC).

En cuarto lugar, falta una respuesta directa a uno de los problemas que conforman la *situación tipo* de retención o traslado ilícitos: las relaciones entre el nuevo procedimiento específico de restitución y otros posibles que puedan estar pendientes cuando éste se articule. El ejemplo de la *Sentencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993* (23) es sumamente expresivo: solicitud de restitución realizada mediando demanda de separación matrimonial con solicitud de medidas provisionales sobre los hijos menores: ¿cómo pueden cohonestarse ambos procedimientos? La decisión de la Audiencia en contestación al recurso del Ministerio Fiscal contra la determinación de medidas sobre la guarda de los hijos, realizó una incorrecta interpretación y aplicación del Convenio de La Haya, si bien es cierto que amparada en una también deficiente traducción del mismo (24). En concreto, la Audiencia, refiriéndose al art. 16 del citado Convenio, señaló que

“... habiéndose determinado por auto de esta Audiencia la restitución de los menores ello no es obstáculo para que se dicte resolución resolviendo sobre la acción personal ejercitada por un español, con residencia habitual en España, porque siendo competentes los Tribuna-

(22) *Sent. Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 1998*, AC., 1998, núm. 2474.

(23) REDI, 1994-21-Pr, y mi Nota, pp. 342-345.

(24) Problema no por suficientemente conocido menos importante: vid. al respecto A. BORRAS RODRIGUEZ, “Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado”, REDI, 1990-2, pp. 703-705; id., “La traducción al castellano de los convenios de La Haya”, REDI, 1993-1, pp. 249-251.

les españoles... corresponde al Juez de Primera Instancia competente adoptar las medidas que se exponen en el art. 91 (del Código civil). Esta obligación del Juez, dimanante del mandato genérico del art. 1-7 del C. Civil, comprende la adopción de las medidas referentes a la patria potestad y custodia de los hijos, y régimen de visitas de los progenitores, procurando siempre el 'favor filii'...".

Es decir, el mismo órgano judicial decidió el retorno del menor y, paralelamente, su no retorno (¡!). En el comentario que realicé a esta decisión, ya puse de manifiesto los argumentos suficientes que existen para considerar *prioritario* el *procedimiento de restitución* (argumentos directamente derivados de la letra del Convenio de La Haya, eso sí, correctamente traducido e interpretado). A pesar de ello, no hubiera estado de más que la ley recordase tal extremo al Juzgador, mucho más pegado a la LEC que a una no siempre fácil interpretación de normas convencionales. Ciertamente el nuevo artículo 1902.4 LEC señala que el "la tramitación del procedimiento tendrá carácter *preferente*"; mas no lo es menos que normas de tal tipo suelen ser concebidas como meras normas admonitorias sin un contenido normativo determinado (25).

Por último, una crítica que entronca directamente con la verificación de la constitucionalidad del procedimiento: la admisión del recurso contra el auto que conceda o deniegue la restitución en un solo efecto puede provocar no pocos problemas en el supuesto de que se decrete el retorno del menor en primera instancia, se ejecute dicha medida, y se declare el no retorno en apelación; problemas que afectan directamente a la efectividad de la tutela judicial (26).

Sea como fuere, el procedimiento especial ha supuesto un paso adelante en la ejecución de las obligaciones convencionales y, sobre todo,

(25) La STS de 22 de junio de 1998 dio cumplida respuesta a las incógnitas planteadas por la anterior resolviendo un recurso en interés de ley: vid. al respecto mi comentario S. ALVAREZ GONZALEZ, "El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1988, núm. 4685, de 3 de diciembre. No obstante, las interferencias entre el proceso de retorno y un eventual proceso matrimonial no han sido atajadas, como demuestra el *Auto Aud. Provincial de Palencia de 1 de julio de 1997*, que deniega el retorno ante la eventualidad de que quedase sin contenido lo decretado en las medidas provisionales del procedimiento de separación (AC, 1997, núm. 1583).

(26) Ampliamente E. RODRIGUEZ PINEAU, loc cit., pp. 1754-1756, sobre este tema y las alternativas tanto de *lege lata*, cuanto de *lege ferenda*. Con carácter general, vid. sobre el nuevo procedimiento S. ALVAREZ GONZALEZ, "Nuevas 'Medidas relativas al retorno de menores en su puestos de sustracción internacional' en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *REDI*, 1996-1, pp. 504-506.

en la construcción de la necesaria seguridad jurídica, cuya ausencia difícilmente se conciliaba con el interés del menor desplazado.

D) El páramo legislativo al margen de convenios específicos

La respuesta al problema de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores al margen de la existencia de un convenio específico ha de buscarse en las genéricas normas sobre cooperación jurídica internacional y sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Convenios genéricos y una pervivencia de la reglamentación de la LEC de 1881, absolutamente ajenos a la situación, ofrecen un escenario insólito en el que aún cabe el consuelo de que sólo puede mejorar.

III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

1. *El Convenio de La Haya*

En un primer momento, la imposibilidad por parte de la Autoridad Central española de satisfacer las exigencias del descrito Convenio de La Haya creó el malestar y la protesta oficial de otros Estados parte (27): nuestras autoridades no eran capaces ni de cumplir con la brevedad de los plazos establecidos, ni, en última instancia, de proceder al retorno del menor desplazado a España. La superación de esta situación (28) no supuso, no obstante, la desaparición de problemas que se repetían y se repiten de forma harto habitual.

Un error reiterado era considerar que el Convenio de La Haya determinaba que el carácter de las medidas a adoptar se correspondía con el de "... diligencias judiciales a practicar en país extranjero, a las que se refieren los artículos 300 LEC y 277 LOPJ...". Esta caracterización, reite-

(27) *Vid.* al respecto la crónica de A. BORRAS RODRIGUEZ, "Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *REDI*, 1990-1, pp. 289-290 y las conclusiones sobre los puntos más importantes discutidos por la comisión especial, p. 191.

(28) Con posterioridad la actividad de nuestro país en relación con el funcionamiento del Convenio fue objeto de una valoración positiva: A. BORRAS RODRIGUEZ, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)", *REDI*, 1993-2, pp. 645-647.

rada en numerosas decisiones de nuestro Tribunal Supremo (29) se apartaba claramente de la descripción que el propio Convenio hace en sus artículos 13 y siguientes de la actividad a desarrollar por la autoridad judicial o administrativa a la que se solicita la devolución de un menor. En nuestro sistema, dicha actividad no podía equipararse a una mera comisión rogatoria, sino que era precisa una decisión del Juez que, esencialmente debería manifestarse sobre las causas de no devolución recogidas en el citado artículo 13 (30). La falta de una precisa articulación del procedimiento para la devolución contenciosa del menor lo convertía en una secuencia de incógnitas donde la adaptación de los mecanismos procesales internos a las exigencias convencionales no siempre era satisfactoria. Ello motivó dudas sobre la propia legitimación activa de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (31); la necesidad de presencia del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos (32); la adaptación al objetivo principal del Convenio de la apelación contra la primera decisión del Juez y, en su caso, los efectos de su admisión (33); la articulación entre el proceso de retorno y el que, eventualmente, estuviese ventilando o hubiese ventilado el fondo del asunto y el expediente de devolución (34); o el reparto de papeles entre las Autoridades Centrales y los Jueces en los distintos aspectos del problema (35).

(29) *Auto T.S. (Sala 1ª) de 11 de mayo de 1989, REDI, 1991-11-Pr*, y nota de D.P. FERNANDEZ ARROYO, pp. 204-206; *Autos T.S. (Sala 1ª) de 15 y 16 de junio de 1989*. Ambos en II Jornadas de D.I.Pr., *La sustracción...*, cit., pp. 261-263; y *REDI, 1990-19-Pr y 1990-20-Pr*; *Auto T.S. (Sala 1ª) de 19 de julio de 1989* (II Jornadas de D.I.Pr., *La sustracción...*, cit., p. 266); *Auto T.S. (Sala 1ª) de 25 de julio de 1989, REDI, 1991-13-Pr*; *Auto T.S. (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1989, REDI, 1991-15-Pr*.

(30) Así A. BORRAS RODRIGUEZ, *REDI, 1990-1*, p. 249 y D. P. FERNANDEZ ARROYO, *REDI, 1991-1*, p. 205.

(31) La evidencia de la respuesta no evitó el planteamiento de la pregunta como refleja el *Auto Aud. Prov. de Barcelona de 14 de julio de 1992, RGD, núm. 582, 1993*, pp. 2138-2139.

(32) El *Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Estepona de 18 de noviembre de 1992* (Inédito), rechaza la preceptiva presencia en el procedimiento del Ministerio Fiscal, sobre la base de la autonomía del procedimiento instaurado en el Convenio y teniendo en cuenta que éste para nada se refiere a dicha presencia.

(33) A. BORRAS RODRIGUEZ, "Práctica española...", pp. 92-93.

(34) *Sentencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993, loc. cit.*

(35) El *Auto Aud. Prov. de Toledo de 20 de noviembre de 1995* (AC, 1995, núm. 2187) resuelve el entuerto confeccionado por el Juez de Primera Instancia a petición del Ministerio Fiscal, al abstenerse de entrar a conocer sobre una petición de atribución de guarda y custodia a través de juicio de menor cuantía. El M.F. entendía que era una cuestión competencia de la Autoridad Central en el ámbito del Convenio de La Haya (en el supuesto concurría un traslado potencialmente ilícito, aunque el procedimiento convencional no se había activado). De interés en la delimitación de los distintos procedimientos en los que se "involucre" un traslado ilícito es la *Sent. Aud. Provincial de Barcelona de 3 de mayo de 1999* (AC, 1999, núm. 983).

Hoy el descrito procedimiento especial sobre medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional palía en gran medida la mayoría de estas cuestiones problemáticas; si bien no alcanza a dar cumplida respuesta a todas las que pueden suscitarse en los términos más atrás señalados.

Por otro lado, lo que no ha podido ni puede atajar la existencia de este procedimiento especial es la falta de comprensión del problema que aún se aprecia en algunos supuestos. Hablando de cooperación internacional, no es difícil desviar el centro de gravedad de los problemas contemplados hacia la órbita estatal, en vez de situarse en la concreta de los intereses del menor desplazado; aún así no puede dejar de sorprender que el Abogado del Estado recurra a tópicos como la figura internacional de España, la actuación de España en las relaciones internacionales o las eventuales medidas contra nuestro país por el incumplimiento del Convenio. Como muestra de esta incompreensión (una más) valga el tono del recurso de reposición del Abogado del Estado contra una resolución en el contexto del recurso de apelación contra el citado *Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra, de 28 de abril de 2000*, donde, además, se comienza justificando el recurso por considerar la resolución judicial (en el caso un auto que superando la letra de la LEC concedió la suspensión de la ejecución del primero) "...totalmente contrario a los intereses del Estado español" (!); y más:

"... Este pronunciamiento [el auto que admitió la suspensión del que ordenó el retorno del menor] daña gravísimamente la figura internacional de España y constituye un juicio sobre la actuación de España en las relaciones internacionales que excede a nuestro entender de las facultades jurisdiccionales [...] El 'solicitante' es el Estado español, representado por el que suscribe, que al respecto y en tanto que persona jurídica internacional no ostenta derecho alguno sobre tutela judicial efectiva [...] lo que sí está dañando directamente el Auto es el cumplimiento de compromisos internacionales, que a buen seguro determinará una condena de España ante los tribunales internacionales...".

Como se aprecia, el nudo gordiano del recurso no es, precisamente, el discurso técnico jurídico sobre la pertinencia o impertinencia de la suspensión, la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos (del hijo a través de la pretensión de la madre), y, en última instancia, el interés del menor.

Por último, en estos momentos creo que han de considerarse anec-

dócticas las resoluciones judiciales que perseveran en confundir (se) frente a la presencia de resoluciones judiciales extranjeras, que llegan a contaminar el procedimiento de retorno hasta convertirlo a los ojos del juez en un procedimiento de ejecución de sentencia extranjera. En tales términos se expresa el *Auto Aud. Prov. de Málaga de 10 de febrero de 1999* (36):

“... Considerando que... se trata en el presente caso de ejecutar en España una resolución extranjera —de un Tribunal de los Estados Unidos de América— de acuerdo con un Convenio internacional suscrito por ambos países... y en consecuencia ha de ejecutarse la resolución del Tribunal de Orange (California) en la que se declara que el traslado del menor Daniel Edward M. en fecha cercana al 29 de enero de 1997 a España... es ilícito de acuerdo con el repetido convenio...” (!)

2. El Convenio del Consejo de Europa

El principal problema que la aplicación de este Convenio ha suscitado en la práctica española (problema, por otro lado, compartido en relación con el Convenio de La Haya) es el del desconocimiento de su naturaleza y de las vías jurídicas que instrumentaliza. El Convenio se refiere fundamentalmente al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia o derechos de visita. En tal sentido han de criticarse todas aquellas decisiones en las que no se ha querido ver esta naturaleza fundamental. El *Auto T.S. (Sala 1ª) de 27 de junio de 1989* (37) tras referirse a los diversos preceptos del Convenio concluye que “...a las medidas solicitadas ha de dárseles el carácter de diligencias judiciales a practicar en país extranjero, a las que se refieren los arts. 300 LEC y 277 LOPJ; y no el trámite de exequátur...”; tras esta proposición el T.S. se declaró incompetente. Este erróneo razonamiento se ha repetido en otras varias decisiones (38) que, viniendo del Alto Tribunal, no es de extrañar que deriven en una acomodación de la actuación de la Autoridad Central española a esta jurisprudencia, provocando que inste procedimientos de exequátur ante Juzgados de Primera Instancia, cuando éstos, antes de la vigencia del procedimiento especial de la LEC, no se

(36) AC, 1999, núm. 4439.

(37) REDI, 1990-21-Pr, y nota de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, pp. 247-249.

(38) *Auto T.S. (Sala 1ª) de 20 de julio de 1989*, REDI, 1991-12-Pr; *Auto T.S. (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1989*, REDI, 1991-14-Pr; *Auto T.S. (Sala 1ª) de 26 de enero de 1990*, REDI, 1992-14-Pr.

veían habilitados por ninguna norma competencial (39); y hoy, como más atrás señalé, tampoco lo están al margen de una petición de restitución. El hecho de que la previsión /mandato que el propio Convenio realiza para el establecimiento de un procedimiento de exequátur simple y rápido (art. 14) no haya sido desarrollada por España (salvo, repito, en los supuestos de solicitud simultánea de restitución) no implica que haya que entender directamente competentes a los Juzgados, sino que, en principio y aunque en lo concerniente al órgano competente (T.S. según el art. 955 LEC) no sea la solución más adecuada, es el procedimiento común el que habrá de observarse en todo aquello no regulado por los artículos 13 a 16 del propio Convenio.

La *Sent. Aud. Prov. de Orense (Sección única) de 28 de septiembre de 2000* (40), nos ilustra, además, de otro problema relacionado con la puesta en funcionamiento del Convenio de Luxemburgo simultáneamente con el Convenio de La Haya. La ambigua redacción nos priva de saber exactamente cómo se desarrollaron los acontecimientos judiciales, mas sí puede saberse que la restitución a Portugal del menor retenido en España tras el disfrute de un período de vacaciones junto a su madre, se denegó en primera instancia sobre la base del Convenio de La Haya; el recurso del Abogado del Estado se articuló sobre la base del Convenio de Luxemburgo, y la solución de la Audiencia aúna un razonamiento doble sobre ambos convenios, cuyas exigencias para el retorno considera concurrentes en el caso. Mas, ¿qué hacer cuando uno de los instrumentos decreta el retorno y el otro no?

IV. LA STC 120/2002, DE 20 DE MAYO

El último déficit imputado al procedimiento de retorno, es decir, su "capacidad" para vulnerar la tutela judicial efectiva, está directamente emparentado con el amparo concedido por el TC en su STC 120/2002,

(39) Así *Sent. Aud. Prov. de Palma de Mallorca (Secc. 3ª) de 19 de marzo de 1990*, RGD, 1990, pp. 878-880; *REDI*, 1991-79-Pr, y nota de A. BORRAS RODRIGUEZ, pp. 507-510. Supuesto parcialmente distinto es el resuelto por el *Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ponferrada de 28 de septiembre de 1985*, *Inédito*, (vid. mi nota en *REDI*, 1986, pp. 308-314), que decreta el reconocimiento de la sentencia extranjera, al tiempo que la devolución del menor, amparándose en su competencia derivada de la interpretación tradicional que del art. 2 del Tratado sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial entre España y Suiza, de 10 de noviembre de 1896 (*Gaceta*, 9-VII-1898) viene realizando el Tribunal Supremo: la competencia para el reconocimiento correspondería a los Juzgados de Primera Instancia.

(40) AC, 2000, núm. 1615.

de 20 de mayo. Esta sentencia es sumamente ilustrativa y, aun resolviendo un tema distinto, su razonamiento está estrechamente vinculado con el supuesto sobre el que la doctrina había llamado la atención como potencialmente atentatorio contra el derecho a la tutela judicial efectiva: la imposibilidad de ejecutar una decisión negando el retorno del menor, cuando éste ya se había producido en ejecución de la primera resolución (recordemos que el recurso previsto por el procedimiento especial se admitirá en un solo efecto).

Los hechos, sumariamente descritos, muestran un supuesto tipo de desplazamiento ilícito. La madre se desplazó a España con su hija de cinco años desde la residencia habitual polaca de la menor, pendiente un procedimiento de divorcio, en el transcurso del cual se había decretado la guarda a cargo del padre y una prohibición expresa de sacar a la niña fuera de Polonia sin el permiso del Tribunal. Todas las partes son de nacionalidad polaca. Puesto en marcha el mecanismo convencional mediante el procedimiento especial de la LEC, por *Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, de 10 de agosto de 1998*, se declaró la ilicitud del desplazamiento y el retorno a Polonia de la menor. Interpuesto recurso de apelación, éste se admitió en un solo efecto y el Abogado del Estado solicitó la ejecución de la resolución ordenante del retorno, lo cual se produjo el 15 de octubre del mismo año. El *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 1998*, que “resolvió” el recurso declaró:

“Que por haber quedado vacío de contenido el presente recurso de apelación, al haber sido ya restituida la menor a su país de origen, debemos declarar y declaramos no haber lugar a entrar en la resolución de la cuestión de fondo suscitada...”.

El recurso de amparo de la madre contra esta resolución es estimado por el TC por entender que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a la obtención de una resolución sobre el fondo. El amparo, a mi juicio, no admite duda. La nitidez del fallo de la Audiencia descalifica la pretensión del Abogado del Estado que ve en él una desestimación implícita del recurso (41); en realidad, la Audiencia no da una respuesta sobre el fondo de lo solicitado y los dos argumentos en que se ampara son censurados por el TC. En primer lugar, el no con-

(41) Situación que, dicho sea de paso, podría también vulnerar el mismo derecho a la obtención de una resolución sobre el fondo fundada en Derecho (F. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, 1994, pp. 179-180).

tar con suficientes elementos de juicio para pronunciarse sobre el fondo en la alzada en modo alguno justifica la ausencia de pronunciamiento. Como nítidamente pone de manifiesto el TC en nuestro sistema, los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan (prohibición de *non liquet*) y la ausencia de material probatorio sólo puede tener como consecuencia un pronunciamiento ajustado a lo que las disposiciones sobre la distribución de la carga de la prueba dispongan para el caso concreto (FJ 6). Añádase la responsabilidad que en este tipo de asuntos, presididos por el principio inquisitivo, se suma a la actuación del Tribunal (42).

En segundo término, y esta parece que fue la *ratio decidendi* de la Audiencia, la ausencia sobrevenida de toda "finalidad práctica del recurso" es igualmente combatida por el TC con diversos argumentos, ilustrativos del error de apreciación de la Audiencia, mas quizá innecesarios para la censura de su pronunciamiento. Siguiendo la argumentación del Ministerio Fiscal y trayendo a colación la de la solicitante de amparo, el TC distingue entre los distintos pronunciamientos que engloba la decisión sobre el retorno: uno *declarativo* de la ilicitud o licitud del desplazamiento y el consiguiente de *condena* de retorno o permanencia del menor. El primero, a decir del TC, podría ser de notable valor para los intereses de la demandante de amparo, pues una resolución favorable a sus tesis puede ser invocada ante los tribunales de Polonia en el proceso matrimonial para reforzar sus intereses en orden a la obtención de la guarda de la hija común. Tal pronunciamiento entra dentro de lo razonable, mas como dije, creo que basta señalar que la inexistencia de causa legal que excluyera la obligación del pronunciamiento sobre el fondo es bastante para otorgar el amparo solicitado. Configurado legalmente el recurso de apelación, la tutela judicial efectiva del recurrente comprende el derecho a utilizarlo de acuerdo con la ley y el de obtener una resolución fundada en derecho. El ejercicio del derecho de recurso legalmente previsto es el ejercicio de un derecho constitucional, el de la tutela judicial efectiva (43),

(42) *Vid.* la importancia de la dimensión probatoria en el supuesto resuelto por la *Sent. Aud. Prov. de Zaragoza de 3 de abril de 2000* (AC, 2000, núm. 830), donde se resuelve la solicitud de nulidad de actuaciones recaídas en un procedimiento de retorno (tanto primera como segunda instancia), alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a la prueba, que la actora considera infringido al no disponer de la posibilidad de acreditar las circunstancias contempladas en el artículo 13 del Convenio de La Haya. Aunque la Audiencia rechaza la petición, no podemos descartar que en otras circunstancias, pudiera haber tenido éxito.

(43) *Vid.* I. BORRAJO INIESTA, I. DIEZ PICAZO GIMENEZ, G. FERNANDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, pp. 45-46.

que exige una respuesta sobre el fondo, salvo causa legal predeterminada que interpretada de forma razonada, proporcionada y no arbitraria, autorice lo contrario.

Sentada la corrección de la STC, no puedo dejar de introducir la dimensión que aquí se obvia en función de los antecedentes: *¿quid* de haberse producido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto favorable a las tesis de la recurrente? Es decir, *¿quid* de haberse revocado la sentencia de instancia, declarando la licitud del traslado y denegando el retorno de la menor? Siguiendo los argumentos que se bajaran en la sentencia, parece que se habrían satisfecho los intereses de la recurrente al tener la posibilidad de hacer valer la resolución española en el proceso abierto en Polonia. Mas la solución, amén de insatisfactoria (lo que nadie creo que discuta) me parece también difícilmente compatible con el propio derecho a la tutela judicial efectiva, precisamente, en el aspecto atinente a la *efectividad* de la misma. Situados en un escenario hipotético en el que, efectivamente, no hay alternativas al recurso de apelación no suspensivo, ni mecanismos procesales que impidan el retorno inmediato del menor tras la resolución de primera instancia que lo ordene (44), el apelante puede obtener una satisfacción meramente formal de sus derechos e intereses legítimos. La sentencia que declara la licitud del traslado y el no retorno o la ilicitud del traslado y la concurrencia de una causa de no retorno puede ser potencialmente eficaz en diversos sentidos (alguno de ellos traído al razonamiento por el TC), mas ni podrá ser ejecutada por nuestros Tribunales, ni podrá ser ejecutada en sentido estricto por tribunales extranjeros. La idea de “fungibilidad de los servicios jurisdiccionales” de los distintos Estados (45) se debilita para este supuesto en el que, precisamente, es al Estado del foro, en nuestro caso al ordenamiento jurídico español, a quien corresponde asegurar la tutela en todas sus dimensiones. Si damos por constitucionalmente necesaria la exigencia de que la Audiencia se pronuncie en apelación sobre el fondo de lo pedido (licitud o ilicitud del traslado y permanencia o retorno del menor), hemos de exigir el correlativo derecho a que la decisión se cumpla, como uno de los grados de efectividad de la tutela desde el punto de vista constitucional. Y el servicio jurisdiccional español no puede abdicar de la organización de dicho cumplimiento, pues es, en

(44) Algo, recordemos, que puede someterse a corrección (*vid.* E. RODRIGUEZ PINEAU, *loc. cit.*, en nota 26).

(45) *Vid.* M. VIRGOS SORIANO y F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, pp. 30-31, al hilo de la distinción entre *tutela por declaración* y *tutela por reconocimiento*.

teoría, el que en mejores condiciones está de dar cumplida respuesta al derecho o interés legítimo deducido, y, en la práctica, casi el único (46). Ciertamente en otro contexto, es significativo el siguiente pasaje de la STC 199/1987, de 16 de diciembre:

“[el legislador]... al regular la constitución y funcionamiento de los Tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela y eliminarlos en la medida de lo posible, por lo que podría ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupase de la efectividad de la tutela, y ello aun al margen de si ese riesgo no resultase realizable en todos los casos...”

Cámbiese la “constitución y funcionamiento de los Tribunales” por la “constitución y funcionamiento del proceso” y proyéctese la idea sobre el procedimiento especial de los artículos 1901 y siguientes de la LEC para concluir la necesaria clarificación de la situación procesal generada como consecuencia de la admisión del recurso en un solo efecto. Al amparo de la nueva LEC se han propuesto paliativos para combatir las consecuencias nocivas descritas. La utilización del nuevo artículo 528 LEC que prevé las formas y presupuestos de oposición a la ejecución provisional es una alternativa posible que ofrece vías aceptables (47), mas que siempre puede chocar con una compren-

(46) En ocasiones, el retorno, si bien no agota el interés procesal del problema sí lo mata de facto: son las muy frecuentes en las que la situación en el país de retorno de quien traslada ilícitamente al menor es insostenible. Está incurso en un procedimiento penal o ha sido condenado (por secuestro, por ejemplo), como el caso del citado *Auto Aud. Prov. de Pontevedra de 15 de abril de 2000* o el que refleja el *Auto Aud. Provincial de Barcelona (Secc. 1ª) de 21 de abril de 1997* (RGD, 1998, pp. 3116-3119, y la nota de C. GONZALEZ BEILFUSS, *REDI*, 1998, pp. 230-234), que deniega el retorno. Se trataba del traslado a España de un menor de corta edad (2 años) por parte de su madre. Existía en el supuesto una resolución en el Estado de origen (Israel) atribuyendo la custodia al padre, y, al parecer, un procedimiento abierto para la declaración de la madre como “revoltosa”; declaración que llevaría aparejada la privación de derechos en relación con la hija. La comentarista, C. GONZALEZ BEILFUSS, abunda en lo atípico de este supuesto y en las dificultades del mecanismo convencional para dar cumplida respuesta al interés del menor, mas habría que añadir que un retorno ejecutado tras la primera instancia con revocado por la Audiencia haría imposible el derecho del niño a relacionarse con su madre.

(47) Así E. RODRIGUEZ PINEAU, *loc. cit.*, p. 755. El precepto en su apartado 2, el art. 528 LEC establece que “...la oposición a la ejecución provisional sólo podrá fundarse en las siguientes causas: [...] 2ª Si la sentencia fuese de condena no dineraria, resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada”.

sión de la *especialidad* del procedimiento de restitución que la descarte.

V. REFLEXIÓN FINAL

La STC 120/2002, de 20 de mayo nos ha servido de excusa para hacer una descripción de los instrumentos con los que el ordenamiento jurídico español aborda el cada vez más frecuente desplazamiento internacional de menores en lo que se ha dado en llamar sus “aspectos civiles”. Sobre el pasado y el presente las luces predominan sobre las sombras: existe un abundante cuerpo normativo construido sobre la base de la preservación del interés del menor en no ser desplazado; en permanecer en su entorno vital. El Convenio de La Haya se aplica correctamente por nuestras autoridades, constatándose un progresivo conocimiento de sus mecanismos y resortes tanto por jueces como por el resto de los operadores jurídicos. El Convenio de Luxemburgo posee un papel secundario, tanto por el contenido concreto de sus soluciones, cuanto por el número de Estados contratantes que se encuentran vinculados por sus disposiciones. La existencia, en fin, de un procedimiento específico para el retorno ha aclarado sustancialmente las dudas que la práctica judicial anterior a 1996 había generado.

No obstante ahí están también las sombras. Por un lado, advertí más atrás sobre algunos déficits estructurales del Convenio de La Haya (igualmente perceptibles en el del Consejo de Europa) en torno a la salvaguarda del interés del menor: una estandarización de dicho interés que por un lado es garantía de celeridad y prevención y por el otro sacrifican la justicia para algunos casos difíciles (48); baste ahora reiterar que, a mi juicio, la valoración del convenio no debe hacerse tanto en función de las meta funciones, basadas en números globales (49), cuanto en función de la satisfacción de un interés personal, singular y subjetivo: el del (singular) menor desplazado en el (singular) caso concreto. Por otro, la STC 120/2002, de 20 de mayo pone de manifiesto que

(48) *Vid.*, por ejemplo, los que denuncio en S. ALVAREZ GONZALEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, núm. 5, Madrid, 2001, pp. 125-136.

(49) Idea presente de forma implícita en el discurso de J. KROPHOLLER, “Bundesrepublik Deutschland: Kindesentführung und Grundrechte: Stellungnahme des Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht”, *RebelsZ*, 1996, pp. 485-506, y de forma explícita en sus conclusiones (p. 505).

la aplicación del proceso especial de la LEC puede conducir a situaciones claudicantes y, sobre todo, atentatorias contra derechos fundamentales. El problema resuelto por ella es claramente *genérico*: el amparo por la falta de obtención de una decisión judicial sobre el fondo del asunto fundamentada en Derecho. Mas la causa o, mejor, la circunstancia que lo motivó, la existencia de un recurso admisible en un solo efecto, debe llamarnos a la reflexión. Incluso si la Audiencia de Madrid hubiera resuelto sobre el fondo del recurso podría haberse planteado un atentado a la tutela judicial efectiva en el supuesto de haber revocado la solución del Juzgado. La articulación de esta doble instancia con recurso en un solo efecto y la peculiaridad del objeto final del proceso (restitución o no del menor desplazado) hace que la *efectividad* de la tutela judicial peligre y, además, que peligre para una sola de las partes: para el requerido de devolución condenado en primera instancia. Ciertamente las opciones para dicha efectividad de la resolución sobre el fondo en la segunda instancia pueden variar de caso a caso (en el resuelto por el TC parece haber una cierta *conformidad* en que la resolución puede tener algún efecto en el procedimiento seguido en el extranjero); y, precisamente por ello, no es descartable que se agoten en el mismo proceso y dentro de la jurisdicción española.

Por último, esta primera decisión del TC español, llamado a medir constitucionalmente un comportamiento relacionado con un traslado ilícito de menores, muestra de forma manifiesta la *dimensión constitucional* del problema. Una dimensión que no se agota en el derecho a la *tutela judicial efectiva*, presente, por otro lado, ante cualquier actuación judicial. Me pregunto qué ocurriría si la recurrente hubiera obtenido una resolución final donde se afirmase la conveniencia de ostentar la guarda de su hija, la conveniencia de que su hija permaneciera en España junto con ella y la inconveniencia para el interés de la hija de que volviese a Polonia bajo la custodia del padre; qué ocurriría, claro, si pidiese a las autoridades judiciales españolas que la ejecutaran y, ante la imposibilidad de ello, y tras agotar las vías precisas, si pidiese justicia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que señaló en el asunto *Ignaccolo-Zenide* la obligación de las autoridades de un Estado contratante de adoptar todas las medidas positivas tendentes a garantizar el *derecho al respeto efectivo de la vida privada y familiar* dentro de las exigencias derivadas del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (y, recalco, júzguese sobre la base de los derechos del menor; del respeto a la vida familiar del menor y de su derecho a reunirse con sus padres y en concreto con el que en mejores condiciones esté de garantizar su interés). Ciertamente estoy alterando los términos del

problema tal cual se presentaron a la Corte de Estrasburgo, mas no pienso que sea un supuesto inverosímil (ni que la responsabilidad debiera derivarse hacia el país de retorno); el Tribunal Constitucional alemán ya se ha enfrentado a la fiscalización del respeto a la *tutela judicial efectiva* en relación con el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 2.1 GG) y la protección del *interés del menor* (art. 6 GG) y su promoción por el Estado en supuestos de desplazamientos internacionales de menores. Como se aprecia, un arsenal de derechos superiores que comienzan a jugar el papel de catalizadores de unas soluciones al problema del traslado internacional de menores, que hasta ahora trataban de articularse sobre el tópico del interés del menor difuminado en respuestas mecánicas y veloces, y que auguran un porvenir mucho más exigente con los viejos instrumentos, ajustados a *todos* los derechos implicados.

