

**LA VOZ DEL MENOR EN LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE
MENORES**

**Por Adriana de Ruitter, vocal de ASIME, Asociacion de Profesionales contra la
Sustracción de Menores en España, y abogada en TULP ABOGADOS**

**"Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales"
Madrid 21 a 23 de junio 2017**



Centro de
Estudios
Jurídicos

ÍNDICE

RESUMEN	Pág. 3
I. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	Pág. 4 – 5
II. LA VOZ DEL MENOR.....	Pág. 5 – 8
III. CARACTERÍSTICAS DE LOS MENORES.....	Pág. 8 – 11
IV. ASPECTOS PROCESALES.....	Pág. 11 – 14
V. DISCRECIÓN DEL JUEZ.....	Pág. 14 – 15
VI. CONCLUSIONES.....	Pág. 15 – 16
BIBLIOGRAFIA.....	Pág. 16 - 17

SUMARIO

I. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980. I.1 Regla general y la voluntad del menor como excepción. I.2 Carácter del Convenio de La Haya. II. LA VOZ DEL MENOR. II.1. Interés superior del menor. II.2 La voz del menor en sustracción internacional de menores. III. CARACTERÍSTICAS DE LOS MENORES. III.1 Edad. III.2 Personalidad. III.3 Método de exploración. IV. ASPECTOS PROCESALES IV.1 Momentos procesales para escuchar al menor. IV.2. Contenido y pertenencia de la prueba. V. ALCANCE DE LA VOZ DEL MENOR. VI. DISCRECIÓN DEL JUEZ. VII. CONCLUSIONES

RESUMEN

Los menores de edad tienen derecho a expresar su opinión libremente y a ser escuchados en los asuntos que les afectan cuando conduzcan a una decisión que incida en la esfera personal, familiar o social del menor. Esa opinión debe ser tomada en cuenta en función de la edad y madurez del menor.

Este derecho de los menores, ampliamente aceptado en la normativa nacional e internacional, ya fue incorporado en el Convenio de La Haya sobre los efectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 1980 (CSIM) incluso antes de la adopción de la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Este Convenio prevé en su artículo 3 el retorno inmediato de los menores a su país de residencia habitual en caso de haberse producido una sustracción o retención ilícita de los menores en otro país. No obstante, se podrá denegar el retorno en caso de oposición del propio menor, como estipula el art. 13.2 CSIM.

¿Puede la voluntad de un menor sobreponerse al mandato del Convenio de La Haya sobre los efectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980?

Veamos detalladamente la base jurídica para oír al menor y cómo enmarcar la voluntad del menor en el Convenio de La Haya de 1980.

I. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

I.1. Regla general y la voluntad del menor como excepción

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CSIM) protege al menor en los casos de sustracción o retención ilícita en un ámbito internacional¹. Se basa en el interés del menor, entendiéndose por éste la inmediata restitución al Estado de su residencia habitual, como viene reflejado en su preámbulo². Por ello, el artículo primero marca como regla general el retorno al país de residencia habitual de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita, esto es, cuando se haya producido con infracción del derecho de custodia atribuido a uno o varias personas, de acuerdo con el artículo 3. El artículo 5 especifica que el “derecho de custodia” infringido debe comprender el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor, lo que en el sistema español equivaldría a la patria potestad, recogida en el artículo 154 del Código Civil³. El Convenio prohíbe expresamente a los Estados miembros tomar resoluciones sobre los derechos de custodia de los menores implicados hasta que no se haya resuelto sobre la restitución, según el artículo 16. Hasta aquí la regla general⁴.

Los artículos 12 y 13 del Convenio incluyen unas situaciones en las que no debe dictarse la restitución. Estas excepciones se basan en el tiempo transcurrido, la falta de ejercicio del derecho de custodia, el consentimiento y los posibles riesgos de que el menor sea expuesto a peligros físicos o psíquicos en caso de retorno. La última excepción recogida en el Convenio permite a la autoridad judicial o administrativa a negar la restitución si el propio menor se opone, de acuerdo con su artículo 13, segundo párrafo⁵. Aún no se había adoptado la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, por lo que el Convenio de La Haya se adelantó a su tiempo con esta excepción.

I.2 Carácter del Convenio de La Haya

El Convenio de La Haya de 1980 ha sido firmado y ratificado por 97 Estados, lo que lo convierte en uno de los Convenios más exitosos de la Conferencia de La Haya⁶.

A la vez es un Convenio atípico dentro de los Convenios de Derecho Internacional Privado, puesto que no se limita a atribuir la competencia, indicar una ley aplicable o

¹ MARÍN PEDREÑO, CAROLINA *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley 57, Alhaurín el Grande, 2015, p. 19

² LLORIA GARCÍA, PAZ (Directora) y otros *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, IUSTEL, Madrid, 2008, 196.

³ MARÍN PEDREÑO, CAROLINA, 2015, p. 37.

⁴ CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (Directores) *Derecho Internacional Privado, volumen II*, Granada, 2012, ed. 13, p. 436.

⁵ Véase para un tratamiento más a fondo de todas las excepciones CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA, p. 437

⁶ Para conocer los estados firmantes, véase www.hcch.net.

regular un procedimiento de ejecución, como hacen la mayoría de los Convenios de la Conferencia de La Haya. El Convenio de sustracción de menores obliga a una actuación concreta: retornar a un menor, por entender que éste es su interés, y prohíbe expresamente entrar a valorar el fondo de la cuestión de las medidas paternofiliales del menor. Para ello, ofrece una estructura de cooperación judicial internacional.⁷

La correcta aplicación del Convenio de sustracción facilita igualmente el cumplimiento de otros Convenios, como el Convenio de 19 de octubre 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores (Convenio 1996). En un caso de traslado o retención ilícitos, el progenitor sustractor suele pretender buscar una jurisdicción más a su favor, por ser la de su nacionalidad⁸. Así, sustrae al menor de la jurisdicción de su residencia habitual con el objetivo de obtener una respuesta más acorde a sus intereses. Gracias al retorno dictado en base al Convenio de 1980, se podrán, en base al Convenio de 1996, tomar las correspondientes medidas paternofiliales en el país de residencia habitual del menor.

De esta forma, el Convenio de 1980 atribuye implícitamente la competencia al país de residencia habitual del menor, corrigiendo una situación creada por un progenitor que pretende cambiar las reglas internacionales sobre la competencia y ley aplicable a la responsabilidad parental⁹. Esta corrección hace posible la correcta aplicación de otras normas de Derecho Internacional Privado.

II. LA VOZ DEL MENOR

II.1 Interés superior del menor

A partir de los años 80 del siglo pasado, se produjeron una serie de cambios sociales que tuvieron su impacto en el concepto jurídico del menor. Ya con anterioridad, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se había ido introduciendo la protección jurídica específica de los menores en la normativa nacional e internacional, con los primeros derechos de los niños en el ámbito laboral y educativo. El menor era en esos años un sujeto necesitado de protección, pero sin derechos propios. Con el paso del tiempo se ha ido forjando cada vez más la idea de que los derechos humanos también deben aplicarse a los menores como individuos con derechos propios.

Esta idea se concretiza en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN), cuando el menor pasó de ser una persona sin derechos propios necesitado de una protección especial a ser considerado un individuo titular pleno de todos los derechos fundamentales, que además necesita una protección específica.

⁷ CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER, 2012, p. 430-431; véase igualmente sobre el carácter del Convenio VERA PÉREZ, ELISA, *Explanatory report*, www.hcch.net, Párrafo 35 y siguientes.

⁸ LLORIA GARCÍA, PAZ, p. 207

⁹ *Ibidem*, p. 208.

A partir de este momento, también en las legislaciones nacionales de muchos países se incluye el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los niños y de una capacidad progresiva para ejercer estos derechos. En España los derechos de los niños, con este enfoque nuevo del menor como titular de derechos, se recogen en la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, de 15 de enero (LOPM), modificada recientemente para ahondar aún más en este concepto del menor como titular de derechos.

En el preámbulo de la CDN se hace alusión expresa a la necesidad de protección y cuidados especiales de los menores por su falta de madurez física y mental, reconociendo igualmente que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pues bien, para cumplir con estos cometidos, el Convenio de 1989 fija en su artículo 3 como principio rector el interés superior del menor. Este principio se encuentra recogido también en la legislación nacional española, en el art. 2 de la LOPM.

El “interés superior del menor” puede parecer un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción dependerá de las circunstancias del caso, del momento histórico, del entorno social y cultural e incluso de la ideología de las personas que deberán tomar decisiones referentes a los menores. Sin embargo, no es así: el interés superior del menor se puede y se debe objetivar, en base al Convenio de los Derechos del Niño. El artículo 3, al igual que el artículo 2 de la LOPM, marca el principio rector. El contenido que debe darse a ese interés del menor se encuentra en los demás artículos del Convenio de los Derechos del Niño. El artículo 3 no es un artículo independiente de los demás, como si el “interés del menor” fuese un hecho dado, sin necesidad de darle forma y contenido. El artículo 3 es la introducción a esa protección especial a la que tiene derecho el menor, o, como se explica en las Observaciones Generales, es un principio para interpretar e implementar todos los derechos del niño. El interés del menor es un concepto flexible e interpretable a la luz de las circunstancias, pero dentro del marco de los demás derechos del Convenio de los Derechos del Niño¹⁰.

Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a ser escuchado sobre los asuntos que incumben a la esfera personal, familiar o social del niño, recogido en el artículo 12 CDN, que debe ser interpretado a la luz de ese interés superior del menor. El artículo 12 da derecho a los menores a ser escuchados y a que se tengan en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez¹¹. Ambos artículos, el 3 y el 12, son complementarios: el primero tiene como objetivo preservar el interés superior del menor, y el segundo proporciona la manera en la que debe ser tenida en cuenta la opinión de los menores¹².

¹⁰ Observación General No. 14 (2013) (art. 3, para. 1), del Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013, de Naciones Unidas, párrafo 32

¹¹ Observación General No. 14, párrafo 43

¹² Véase para un análisis jurídico del art. 12 de la CDN la Observación General No. 12 (2009), del Comité de los Derechos del Niño, 20 de julio de 2009, de Naciones Unidas.

Es por tanto el interés superior del menor el que obliga a que se le escuche en los asuntos que le afectan. No escuchar al menor en estos asuntos es una infracción no solo del art. 12 CDN, sino también de su art. 3, ya que el interés del menor consiste precisamente en ser escuchado, oído y que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos que puedan tener trascendencia en su esfera personal, familiar o social.

Este derecho se ha recogido igualmente en la legislación española, concretamente en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el 92.6 del Código civil y en el 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Constitucional ha puesto el derecho a ser escuchado de los menores en relación con el derecho a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución¹³.

Antes de pasar a valorar la voz del menor en los asuntos concretos de sustracción internacional de menores debemos puntualizar que la obligación de escuchar a los menores en los asuntos que les afecten es de los jueces, fiscales y demás autoridades implicadas. Para el menor es un derecho, nunca una obligación. El menor podría por tanto negarse a comunicar su opinión¹⁴. Ahora bien, incluso para saber que el menor se niega a dar su opinión, habrá que escucharlo, no siendo suficiente que esta negativa sea transmitida a las autoridades por uno de los progenitores.

II.2 La voz en sustracción internacional de menores

La separación o el divorcio de los progenitores es claramente un hecho que afecta a la esfera familiar del menor. Si esta separación se produce además con un cambio de país, el menor no solo se verá afectado en su entorno familiar, sino también personal y social. El traslado conllevará el cambio de colegio, de barrio, de amigos y demás contactos sociales y familiares. En base a lo dicho con anterioridad sobre el derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión se tenga en cuenta, es evidente que en estos casos se dan todos los requisitos para que se reconozca este derecho del menor. Y con más motivo si el traslado se ha producido de forma ilícita.

Como se ha expuesto más arriba, el Convenio de La Haya de 1980 tiene como objetivo la protección del interés superior del menor. Los autores del Convenio entendieron que la inmediata restitución al lugar de residencia habitual es el interés superior del menor¹⁵. Sin embargo, el artículo 13 (2) del CSIM también permite al propio menor oponerse al retorno. Si bien en el momento de adoptarse el Convenio de

¹³ Las sentencias del Tribunal Constitucional 22/2008, Sala segunda, de 31 de enero, 221/2002, Sala Segunda, de 25 de noviembre, 71/2004, Sala Segunda de 19 de abril, y 152/2005, Sala Primera, de 6 de junio.

¹⁴ CASO SEÑAL, MERCEDES, y otros *La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial*, en Familia y Sucesiones, mayo-junio 2010, número 91, SEPIN, p. 25.

¹⁵ DYER, ADAIR, *Questionnaire on international child abduction by one parent*, Preliminary Document No. 1 of August 1978, www.hcch.net, p. 47

La Haya aún no existía el CDN 1989, no hay duda de que a la fecha toda la normativa protectora de menores debe interpretarse a la luz de esta Convención. Por tanto, se debe interpretar el artículo 13 (2) del Convenio de La Haya a la luz de los artículos 3 y 12 de la Convención, en el sentido de que en los procedimientos de sustracción de menores es obligatorio escuchar al menor, para conocer su opinión. Esta opinión debe ser tenida en cuenta por el juez, quien deberá poder denegar la orden de restitución en caso de oposición del menor.

El derecho a ser oído en los procedimientos de sustracción internacional de menores se reconoce igualmente en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas Ibis), que obliga en su art. 11.2 a que el menor tenga audiencia durante el procedimiento.

El art. 9 LOPM tiene su equivalente en los procedimientos de sustracción internacional de menores, concretamente el art. 778 quinquis 8 de la LEC, que obliga al Juez, en presencia del Ministerio fiscal, a oír separadamente al menor. Si el Juez no lo considera oportuno por el grado de madurez o edad del menor, lo tiene que reflejar en resolución motivada. La excepción es no escuchar al menor, y solo podrá tomarse esta decisión si el hecho de oír al menor pudiera perjudicar al propio menor.

III. CARACTERÍSTICAS DE LOS MENORES

III.1 Edad de los menores

El Convenio de La Haya de 1980 se aplica a menores hasta 16 años, de acuerdo con su artículo 4. Se ha fijado expresamente hasta esa edad por entender que las personas de 16 o 17 años, aun siendo menores de edad, suelen tener sus propias voluntades ya tan formadas que difícilmente podrían ser ignoradas por los progenitores¹⁶.

¿Desde qué edad se debe tener en cuenta la opinión del menor en el sentido de poder contravenir la orden de retorno e imponer su voluntad por encima del Convenio de La Haya? En el momento de redactar el Convenio fracasaron los intentos de fijar una edad concreta, por lo que el art. 13 (2) deja a la discreción de las autoridades valorar el grado de madurez del menor¹⁷. En España, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2015, la edad mínima para ser tenido en cuenta estaba fijada en los 12 años. Ahora bien, actualmente la legislación española obliga a escuchar a los menores “sin discriminación alguna por edad”, de acuerdo con el art. 9 LOPM, y la LEC tampoco marca una edad mínima. El motivo por el que no se fija una edad es porque cada niño es diferente. Algunos con 8 años pueden tener las ideas muy claras y dar muestras de mucha madurez, mientras que otros de 13 años pueden ser mucho menos maduros. Los estudios psicológicos han demostrado que la edad cronológica no tiene por qué indicar

¹⁶ PÉREZ VERA, ELISA, párrafo 77.

¹⁷ PÉREZ VERA, ELISA, párrafo 30.

el grado de madurez de cada menor¹⁸. Valorar la madurez del niño es un ejercicio complicado y para el que los juristas no han sido formados. En la práctica esta dificultad ha conllevado una disparidad de criterios. En algunos casos se ha escuchado y seguido la opinión de los menores de 4 o 5 años, no habiendo seguido la voluntad de niños de 8 o 10 años en otros casos¹⁹.

Independientemente de las consecuencias que se vinculen a la voz del menor, es obligación oírlo siempre. Solo hay una excepción, que es cuando no es conveniente atendiendo a la edad o el grado de madurez del menor. No escuchar al menor es una excepción, que deberá ser interpretada de manera restringida y, en caso de darse, motivarse en resolución expresa. La edad y el grado de madurez deben servir no tanto para denegar la prueba de la exploración del menor, sino para fijar el método y procedimiento para escucharlo. La comunicación con el menor de tres años sigue evidentemente otras pautas que la conversación con un adolescente de 13 años o un niño en edad escolar de ocho años.

En un caso de sustracción internacional, las consecuencias para el menor son tremendamente impactantes: es volver o no a un país, perder el contacto diario con uno de sus progenitores -normalmente el progenitor de referencia-, volver al colegio donde se ha despedido... Este menor, independientemente de la edad, debe ser oído, porque es su interés superior, como marca el art. 12 del CDN. Cómo ha de ser oído dependerá de la edad y la madurez. Y también dependerá de la edad y el grado de madurez las consecuencias que va a tener esta voz del menor.

III.2 Identidad del menor

El artículo 12 del CDN obliga a escuchar a los menores “que estén en condiciones de formarse un juicio propio”. En primer lugar, debemos destacar que para saber si el menor tiene estas condiciones, hay que escucharlo. Según acabamos de ver, no cabe fijar un límite de edad, sino que habrá que valorar al menor y comprobar si tiene suficiente juicio para formarse una opinión.

La valoración debe hacerse en base al art. 8 del CDN, que otorga a los niños el derecho a su propia identidad, como la nacionalidad, el nombre y el entorno familiar, pero no se limita a los datos identificativos. Incluye sus características externas, como género o cultura, y también su propia personalidad²⁰. El grado de madurez del menor se mide a través del respeto por su identidad, por entender que cada niño es único, como las personas adultas. No cabe establecer criterios exhaustivos o una lista cerrada para medir la madurez. Dependerá de las características individuales de cada menor, como edad, sexo, experiencia, sus capacidades intelectuales y emocionales, cómo ha vivido hasta ese momento..., todo lo que hace de ese niño ese ser único que es. Hay que poner

¹⁸ CASO SEÑAL, MERCEDES, p. 26.

¹⁹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER, p. 438.

²⁰ Observación General 14, párrafo 55

en la balanza todas las características del menor para determinar su nivel de madurez, y en base a ello, la forma en escucharlo²¹.

III.3 Cómo se debe escuchar al menor

La Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño recoge en sus párrafos 132 y siguientes las condiciones básicas de escuchar al menor, a las que obliga el Convenio. Todos los procesos en los que haya menores implicados y éstos deban ser escuchados tendrán que ser:

- a) Transparentes e informativos.
- b) Voluntarios.
- c) Respetuosos.
- d) Pertinentes.
- e) Adaptados a los niños.
- f) Incluyentes.
- g) Apoyados en la formación.
- h) Seguros y atentos al riesgo.
- i) Responsables.

En España hay ya una larga tradición con equipos psicotécnicos adscritos a los juzgados que valoran a los menores en crisis familiares que se judicializan²². También existen recomendaciones suficientes sobre cómo deben ser explorados los menores por los jueces y fiscales²³, entre ellas en la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado²⁴. De acuerdo con el artículo 2.5 de LOPM, todas las medidas referentes al menor deben ser adoptadas respetando las garantías del proceso. A efectos de garantizar el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar, recogido en el art. 9 LOPM, se exige que el menor reciba la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. La ley enumera criterios parecidos a los recogidos en los textos internacionales, como el carácter preferente, la forma adecuada a la situación y desarrollo de los menores y la posible asistencia de expertos. Igualmente se marcan pautas para preservar la intimidad de los menores y el uso de un lenguaje adecuado al menor.

Suele ser habitual, sobre todo cuando los menores no han alcanzado la edad de más o menos 10 años, que el derecho a ser escuchado se lleve a cabo a través de los equipos psicotécnicos. La elección entre la exploración directa por el juez con el Ministerio fiscal o el estudio a través del equipo psicotécnico es a discreción del juez.

²¹ Observación General 14, párrafo 48

²² HIJAS FERNÁNDEZ, EDUARDO, p. 467.

²³ PÉREZ GALVÁN, MARÍA, *La exploración/audiencia de menores en procedimientos de familia*, Diario La Ley, Nº 8866, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2016, Ref. D-404, Editorial Wolters Kluwer

²⁴ CASO SEÑAL, MERCEDES: Se ha publicado una Guía de recomendaciones a Jueces y Fiscales sobre la forma de llevar a cabo la exploración de los menores.

Ahora bien, parece defendible que, desde la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016, dictada en el recurso 23298/12, el juez no pueda denegar la exploración del menor alegando que el equipo técnico judicial ya lo ha entrevistado. En base a esta sentencia, en combinación con el texto literal del art. 788 quinquies 8 de la LEC, los jueces están obligados a explorar personalmente y en presencia del Ministerio Fiscal a los menores involucrados en un procedimiento de retorno.

Los textos legales recogen los términos “escuchar” y “oír” a los menores. Ahora bien, estos términos no deben interpretarse de manera restringida. Los menores, en función de su edad, pueden expresar su opinión de muchas maneras. Los bebés se comunican con el llanto y la risa, los niños de dos y tres años a través del dibujo y la expresión corporal, y niños mayores podrían escribir una carta dirigida al juez. Igualmente, la reunión del juez con los progenitores y el menor puede arrojar mucha luz sobre las relaciones familiares y las opiniones de los menores. La forma de escuchar al menor puede ser por tanto de muchas maneras, y se impone a los jueces y fiscales la obligación de ser flexibles y creativos a la hora de tratar a los menores. Solo así podrán descubrir lo que es en interés superior del menor.

IV. ASPECTOS PROCESALES

IV.1 Momento de escuchar al menor

El hecho de que el menor tenga derecho a ser oído en un procedimiento de sustracción de menores no significa que en todos los procedimientos se llegue al momento procesal de tramitar esta audiencia. Solo será necesario si se llega a la conclusión de que ha habido sustracción de menores.

La LEC 778 quinquies 8 dice que “en cualquier momento del proceso” antes de adoptar la decisión de retorno o no, el juez oirá al menor. Ahora bien, no antes de comprobar que estamos ante un caso de sustracción de menores. En algunas ocasiones, en la práctica judicial, se escucha al menor antes del inicio de la vista marcada en el art. 778 quinquies LEC. Es un error, puesto que debe establecerse con anterioridad si ha habido sustracción de menores. Durante la vista que se celebrará de acuerdo con el art. 778 quinquies 6 y 7 en caso de haberse formulado oposición a la restitución, deberán oírse las partes y practicarse todas las pruebas. De las alegaciones de las partes y la práctica de la prueba podrá deducirse que no se ha producido una retención o traslado ilícitos, o que en caso de que sí se haya producido, serán de aplicación excepciones que se deben valorar con anterioridad a la posible oposición del menor. En estos casos, es irrelevante escuchar al menor, independientemente de su edad o madurez. No hay necesidad de hacer venir al menor y someterlo a una situación que siempre le va a resultar estresante. Es una vez que ha quedado claro que se dan los requisitos del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980 cuando debemos fijarnos en las excepciones, y la voz del menor es la última excepción.

Otro momento procesal importante para escuchar al menor implicado es en las segundas instancias o durante el procedimiento de ejecución, para fijar la forma en que la sentencia de retorno debe ser ejecutada. Los procedimientos de retorno deben resolverse en el plazo de 6 semanas, tanto en primera como en segunda instancia. De cumplirse este plazo, podría obviarse la exploración en la segunda instancia. Sin embargo, en caso de prolongarse el procedimiento, podrá ser necesario escuchar nuevamente al menor, y obligatorio si el menor lo pide²⁵. Igualmente, y sobre todo si se dicta sentencia de retorno a pesar de la oposición del menor, deberá darse audiencia al niño en el procedimiento de ejecución. El menor tiene derecho a influir sobre cómo y en qué momento exacto debe ejecutarse la sentencia.

Ahora bien, no será preciso escuchar al menor si los progenitores han llegado a un acuerdo sobre el retorno. Escuchar al menor en estos casos puede incluso ser perjudicial para el niño²⁶. En estos casos, el juez se puede limitar a ratificar el acuerdo, en virtud del art. 778 quinquies 12 de la LEC, sin necesidad de preguntar al menor sobre la conveniencia del acuerdo de sus progenitores.

IV.2 Contenido y pertenencia de la prueba

Siguiendo las pautas marcadas sobre la forma, el lugar y el lenguaje, debe destacarse una diferencia importante respecto a los demás procedimientos en los que se solventan asuntos relacionados con los menores, y es sobre en qué se debe escuchar al menor. En un procedimiento de familia ordinario deben valorarse todas las circunstancias del menor para fijar el régimen de guarda y custodia más idóneo. En cambio, en los asuntos de sustracción de menores no se trata de conocer todas las circunstancias del menor, puesto que no debe entrarse en el fondo de la cuestión. El juez, en un procedimiento de retorno, no puede entrar a valorar la situación de fondo, no puede tomar medidas paternofiliales. La única respuesta que el juez puede dar a la solicitud de retorno es un sí o un no. Y debe basar la negativa en las excepciones marcadas en el Convenio de La Haya.

La exploración del menor debe ir dirigida a descubrir si se dan los requisitos para poder calificar los hechos como una sustracción de menores y para conocer la opinión del menor sobre un posible retorno. El artículo 12 del Convenio de La Haya ofrece otras excepciones, como el arraigo del menor en caso de que haya pasado más de un año entre el traslado y la solicitud de retorno; el art. 13 marca igualmente como excepciones el grave riesgo de que el menor corra peligros físicos o psíquicos en caso de retorno o el consentimiento al traslado por parte del otro progenitor. La exploración del menor puede arrojar luz sobre estos hechos. Evidentemente, la oposición del menor al retorno se conoce también mejor a través de la voz del propio niño.

²⁵ HIJAS FERNÁNDEZ, EDUARDO, p. 514 sobre las exploraciones de menores en procedimientos de familia.

²⁶ CASA SEÑAL, MERCEDES, p. 25.

Durante la prueba de escuchar al menor, no se trata de averiguar las preferencias del menor sobre el lugar de residencia o el progenitor con quien quiere vivir, ya que las excepciones deben ser interpretadas de forma restringida. El Convenio impide entrar en cuestiones de guarda y custodia y por tanto las pruebas no pueden extralimitarse a hechos que no pueden ser resueltos en este procedimiento, por ser prueba irrelevante. No debe olvidarse por otra parte que una hipotética sentencia de retorno del menor no impide al progenitor sustractor iniciar un procedimiento de traslado en el país de residencia habitual. La exploración debe dar luz sobre si se aplica una de las excepciones al retorno, no sobre las preferencias en general del menor²⁷.

IV. Alcance de la voz del menor

Llegados a este punto, debe valorarse qué alcance se otorga a la voluntad del menor. Y es aquí donde entra la valoración de la edad y el grado de madurez de los menores para otorgarle más o menos valor a la opinión. O, mejor dicho, a seguir o no seguir la opinión del niño.

El informe explicativo de ELISA PÉREZ VERA es claro al respecto: los menores no tienen derecho a elegir directamente el lugar de residencia. De hecho, se avisa del riesgo de que los jóvenes puedan sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores. La necesidad de esta excepción se justifica en que es difícilmente aceptable el retorno de un joven de 14 o 15 años contra su voluntad²⁸. Así también lo recoge la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado a la perfección. Como norma general debe recordarse que la oposición del menor es una excepción al retorno, y como tal debe ser interpretada de forma restringida. Sin embargo, tampoco puede esta interpretación estricta impedir que se haga uso de la excepción, puesto que perdería sentido la misma.

En la jurisprudencia de otros Estados miembros, publicada en la Base de Datos INCADAT de la Conferencia de La Haya²⁹, encontramos la aplicación de la excepción de la oposición del menor en diferentes países. En algunos casos, la oposición del menor se ha interpretado de tal forma que la persistente preferencia por vivir con el progenitor sustractor en el país al que fue sustraído es una objeción al retorno³⁰, si bien en otros casos no se ha admitido la objeción en este sentido, por entender que debe ser una objeción clara a la restitución al país³¹, no una preferencia por vivir con uno u otro. La mera preferencia no es suficiente para basar una denegación de restitución en el art. 13 (2)³².

²⁷ MARÍN PEDREÑO, CAROLINA, p. 61

²⁸ HIJAS FERNÁNDEZ, EDUARDO, p. 511.

²⁹ <http://www.incadat.com/>

³⁰ *Urness v. Minto* 1994 SC 249 [Cita INCADAT: HC/E/UKs79]

³¹ MCELEAVY, P. *Evaluating the Views of Abducted Children: Trends in Appellate Case Law* [2008] en: *Child and Family Law Quarterly*, pp. 230-254.

³² *9Ob102/03w*, Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court), 8/10/2003 [Cita INCADAT: HC/E/AT 549]

En cuanto a las formas y momentos de escuchar a los menores, y el alcance de su voz, se está a la edad y madurez del niño³³.

También hay ejemplos de resistencia física del menor, que no se deja subir al avión o niños que se ponen enfermos ante la posibilidad de la restitución³⁴. En estos casos, se suele optar por honrar la oposición del menor.

V. DISCRECIÓN DEL JUEZ

La voluntad del menor no es determinante. Es a discreción del juez otorgar valor o no a la objeción del menor, pero ésta tampoco es libre. La discreción del juez debe ceñirse a una serie de limitaciones legales y dentro del marco de la legalidad internacional y nacional³⁵.

La primera limitación, ya reflejada en el punto anterior, está en el interés del menor, siempre superior y prioritario en este procedimiento y en todos los relacionados con menores, como manda el art 3 del CDN. La voluntad del menor puede no coincidir con su interés superior³⁶, en cuyo caso los deseos del menor no tendrán preferencia ante su propio bienestar. En la jurisprudencia la casuística es grande, ya no solo en asuntos de sustracción internacional de menores, sino también en la jurisprudencia sobre temas relacionados con la guarda y custodia de los menores³⁷. Si la voluntad del menor protege en cada caso concreto su interés, dependerá mucho de cómo se haya formado el menor esta voluntad. Será labor del juez, con la ayuda del equipo psicosocial, valorar los argumentos del menor y decidir si tiene suficiente fundamento para ser seguido, aunque el propio juez o el fiscal discrepen. No olvidemos que los adultos también toman decisiones equivocadas y que el propio menor puede tener derecho incluso a equivocarse. En este sentido, podría ser conveniente hacer un seguimiento temporal de este menor para comprobar al cabo de cierto tiempo si mantiene la misma opinión y sigue de acuerdo con la decisión tomada.

La segunda limitación se encuentra en el sistema internacional de Derecho Internacional Privado. Incluso si el juez llega a la conclusión de que el interés del menor y su voluntad se oponen al retorno, debe comprobar si el no retorno respeta la normativa internacional. Como se ha dicho al principio de esta exposición, el Convenio de La Haya de 1980 incluye implícitamente un mandato de jurisdicción competente y legislación aplicable, concretamente la del país de residencia habitual. En ello coincide

³³ CA Rennes, 28 juin 2011, No de RG 11/02685, Referencia INCADAT HC/E/FR 1129

³⁴ Re M (A Minor) (Child abduction) [19994] 1 FLR 390. Referencia INCADAT HC/E/UKe 56

³⁵ Re S. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 242 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 87]

El Tribunal de Apelaciones sostuvo que la facultad discrecional de un tribunal para rechazar la restitución inmediata de un menor debe ser ejercida teniendo en cuenta el enfoque global del Convenio, esto es, que el interés superior del menor se promueve mediante la pronta restitución, excepto que existan circunstancias extraordinarias para emitir una orden distinta.

³⁶ LLORIA GARCIA, PAZ, p. 140.

³⁷ HIJAS FERNÁNDEZ, EDUARDO, p. 510.

con el Convenio de La Haya de 1996, según el cual también es competente el país de residencia, y la ley aplicable la del país de residencia habitual del menor. Si permitimos que los menores puedan oponerse al retorno, se elude la aplicación del Derecho internacional privado. Esto solo debe hacerse de forma muy excepcional y cuando no haya otra manera de proteger el interés del menor. No hay que olvidar que una vez retornado al país de procedencia, el progenitor podrá solicitar el traslado debidamente y podrá serle otorgado. En el procedimiento de traslado igualmente se debe escuchar al menor. De esta forma, se cumple con el sistema de competencias y legislación aplicable que mandan los Convenios internacionales y se protege el interés del menor al permitirse, en su caso, el traslado. En este sentido, debemos señalar que en base a los artículos 11.6, 7 y 8 del Reglamento Bruselas IIbis, la jurisdicción de la residencia habitual del menor mantiene la competencia para ordenar la restitución del menor incluso si ha habido una denegación de retorno dictada con anterioridad.

La última limitación está en el propio Convenio. Las excepciones deben interpretarse de forma restringida. La oposición del menor debe ser por tanto muy clara, y como señala Elisa Pérez Vera, vinculada de alguna manera con la hipotética ejecución.

VI. CONCLUSIONES

En el entorno académico, y también por parte de la propia Conferencia de La Haya, se aboga por la interpretación restringida de las excepciones. Ahora bien, en el mundo real, habiendo firmado el Convenio de La Haya 97 países de culturas muy diferentes, sistemas jurídicos diferentes y medios muy dispares, la interpretación estricta podría oponerse al interés del menor. De acuerdo con el CDN el interés del menor también es ser cuidado por sus padres (art. 7), mantener sus relaciones familiares (art. 8) y tener contacto frecuente con ambos progenitores en caso de residir éstos en Estados diferentes.

Sin entrar a valorar el fondo de la cuestión, en caso de oposición clara del menor debe comprobarse si el retorno va a impedir al menor disfrutar de los derechos mencionados. Si el Estado de retorno puede preservar estos derechos, debe prevalecer el Convenio. Sin embargo, si de la valoración de la prueba se deduce que el Estado de retorno no va a poder garantizar los derechos del niño, y éste se opone al retorno, independientemente del motivo (rechazo al país o preferencia de vivir con el progenitor sustractor) debe darse preferencia a la voluntad del menor.

Hacer las comprobaciones necesarias en el plazo de seis semanas en las que deben resolverse los procedimientos de sustracción internacional de menores puede ser complicado. No obstante, es aquí donde se requiere de todas las partes implicadas, abogados, fiscales, jueces y psicólogos, la creatividad y la flexibilidad necesarias para realizar en tiempo récord el estudio concienzudo para asegurar que el retorno al país de residencia habitual no conlleve la vulneración de los derechos del menor, haciendo para ello uso de los instrumentos de cooperación jurídica internacional recogidos en los

artículos 7, 13 in fine del Convenio de la Haya de 1980 y de los artículos 24 y 29 y siguientes del Convenio de La Haya de 1996.

La aplicación estricta del Convenio, sin la comprobación del cumplimiento de los derechos del menor, puede ser contraria al interés del menor. De ahí la importancia de escuchar al niño. Solo así se podrá tomar la decisión correcta, cumpliendo con el sistema internacional de atribución de competencia jurisdiccional y ley aplicable y respetando a la vez la voluntad del menor.

BIBLIOGRAFIA

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER (Directores) *Derecho Internacional Privado, volumen II*, Granada, 2012, ed. 13.

CASO SEÑAL, MERCEDES, y otros *La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial*, en Familia y Sucesiones, mayo-junio 2010, número 91, SEPIN.

DYER, ADAIR, *Questionnaire on international child abduction by one parent*, Preliminary Document No. 1 of August 1978, www.hcch.net

HIJAS FERNÁNDEZ, EDUARDO Director, y otros, *Los procesos de familia. Una visión judicial*, Colex, Madrid, 2012.

LLORIA GARCÍA, PAZ (Directora) y otros *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, IUSTEL, Madrid, 2008.

MARÍN PEDREÑO, CAROLINA *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley 57, Alhaurín el Grande, 2015.

MC ELEAVY, P. *Evaluating the Views of Abducted Children: Trends in Appellate Case Law [2008]* en: Child and Family Law Quarterly

PÉREZ GALVÁN, MARÍA, *La exploración/audiencia de menores en procedimientos de familia*, Diario La Ley, Nº 8866, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2016, Ref. D-404, Editorial Wolters Kluwer

INFORMACION SOBRE EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES:

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>

BASE DE DATOS DE JURISPRUDENCIA DE SUSTRACCION DE MENORES:

<http://www.incadat.com/>

EL COMITE DE DERECHOS DEL NIÑO:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>

Observación General No. 14 (2013) (art. 3, para. 1), del Comité de los Derechos del Niño, 29 de mayo de 2013, de Naciones Unidas:

http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

Observación General No. 12 (2009), del Comité de los Derechos del Niño, 20 de julio de 2009, de Naciones Unidas:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

