



**REUNION DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES SOBRE
SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES
POR PARTE DE UNO DE SUS PADRES**

12 y 13 de agosto de 2002
Montevideo, Uruguay

SIM/doc. 9/02

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DEL
CONVENIO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS
CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, DE 25
DE OCTUBRE DE 1980.**

Elisa Pérez Vera
Catedrática
Magistrada del Tribunal Constitucional

Madrid para Montevideo
julio 2002

Introducción. La ratificación por España del Convenio de La Haya a que se refiere el encabezamiento se produjo el 28 de mayo de 1987 (publicándose en el BOE 202/1987 de 24 de agosto de 1987). Ahora bien, cualquier examen de su aplicación por los tribunales españoles conduce inexorablemente a distinguir entre la práctica anterior y la posterior a 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, que introdujo en el último texto citados los artículos 1901 a 1909, como Sección Segunda del Título IV bajo la rúbrica de "*Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*"¹.

De las dificultades encontradas por España para cumplir satisfactoriamente sus compromisos convencionales quedó constancia en las conclusiones generales de la Comisión Especial reunida en octubre de 1989 para examinar el funcionamiento del Convenio de 1980. Así, con el número III se contiene una admonición a España requiriéndola con insistencia a "*... tomar sin dilaciones todas las medidas apropiadas para asegurar que se dan a su Autoridad Central y a sus autoridades judiciales y administrativas los poderes necesarios y los medios adecuados que permitan al país atender completamente sus obligaciones convencionales*"². En contraste con tal situación, la

¹Normativa que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha mantenido expresamente en vigor, según lo establecido en su Disposición Derogatoria única regla primera.

²Conférence de La Haye de Droit International Privé. *Conclusions sur les points les plus importants discutés par la Commission Spéciale*, adoptées le 26 octobre 1989.

práctica española actual (aunque no exenta de problemas) muestra un satisfactorio grado de cumplimiento del Convenio de 1980.

Así pues, desde este primer momento introductorio una primera conclusión se impone: la adopción por los Estados parte de un procedimiento que haga efectivas las notas de celeridad y antiformalismo exigidas por el Convenio, que siempre resultará conveniente -puesto que permitirá conocer a los aplicadores del Derecho las peculiaridades del texto convencional-, puede resultar indispensable en ordenamientos jurídicos en los que los procedimientos judiciales hayan alcanzado un alto grado de cristalización. Y ello, tanto por la necesidad de adaptar las disposiciones procesales internas a las exigencias contenidas en los artículos 22 a 30 del Convenio, como porque a través de dicha normativa de adaptación los jueces y tribunales podrán llegar a aprehender la auténtica *ratio* de un Convenio de cooperación que exige de los tribunales una intervención materialmente limitada y, por eso mismo, a veces difícil de asumir.

I. La naturaleza del Convenio de 1980: un enfoque pragmático para un complejo problema jurídico.

Desde el punto de vista jurídico que aquí nos interesa, puede decirse que la sustracción internacional de menores *implica la utilización por los particulares de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial con vistas a obtener su custodia.*

De ahí que, al margen de los dramas humanos que inevitablemente rodean todas las cuestiones conectadas con la protección de la infancia, el problema jurídico que plantean las sustracciones de menores deriva de la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial internacional lo que, unido a las diferencias en los derechos internos, les hace pensar en la posibilidad de

obtener una decisión favorable a sus intereses que, además, legitimaría su acción.

Precisamente porque en estos supuestos la persona que ha desplazado al menor busca la connivencia de la autoridad bajo cuya tutela se sitúa y dado que la actuación acorde a sus deseos de tal autoridad no tiene por qué suponer ningún tipo de actuación irregular, es por lo que en muchos casos nos encontramos ante auténticos "conflictos de culturas o civilizaciones" en los que las autoridades, imbuidas del convencimiento más o menos consciente de actuar como "jueces naturales" en la materia, terminan por verter en su decisión el juicio que les merece un determinado modo de vida, y los valores sobre los que reposa, en contraste con el propio, en cuyas coordenadas se ha situado voluntariamente el "secuestrador".

Y es que hay que recordar que, en un elevado número de casos, las sustracciones de menores se producen tras la disolución de parejas mixtas (de diferente nacionalidad), cada vez más frecuentes en un mundo en que los fenómenos migratorios se encuentran facilitados por un inusitado desarrollo de las comunicaciones; ahora bien, la posibilidad de que cada uno de los miembros de la pareja busque la "protección" de las autoridades del Estado del que es nacional termina por erigirlas en paladines, especialmente bien situados, de una determinada manera de concebir las relaciones familiares, en general, y las relaciones paterno filiales, en particular. De ahí que, desde la peculiar óptica en que nos hemos situado, resulte tan importante desactivar la incidencia de decisiones adoptadas a instancia de una sola de las partes y en el foro de su elección, sobre unas relaciones -las paterno filiales- que solo deberían recibir una regulación unitaria.

Tales son los términos del problema a que hizo frente el Convenio que nos ocupa en un contexto marcado por el

hecho de que los trabajos preparatorios que le sirvieron de base se desarrollaron con un cierto desfase respecto de los que en el marco del Consejo de Europa condujeron al Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980³. En efecto, pese a la fecha que lo identifica (que es la de su apertura a la firma), los trabajos del Consejo de Europa se remontaban a mayo de 1972 y el texto había sido adoptado por el Comité de Ministros el 30 de noviembre de 1979, es decir, casi un año antes de que se reuniera la XIV^a sesión de la Conferencia de La Haya.

Ahora bien, la simultánea pertenencia a ambas Organizaciones de un número significativo de Estados, junto al hecho de que la Comisión Especial que elaboró en el seno de la Conferencia de La Haya el anteproyecto de convenio se reunió (en marzo y noviembre de 1979) cuando los trabajos del Consejo de Europa estaban prácticamente concluidos, explican mejor que ninguna justificación teórica -cuya construcción *a posteriori*, resultaría por lo demás bastante fácil-, el esfuerzo realizado por los redactores del Convenio de La Haya para encontrar un enfoque original que evitara solapamientos que, en el mejor de los casos, harían en buena medida superfluo uno de los dos textos en elaboración.

En consecuencia el punto de partida había de ser la toma en consideración de los trabajos del Consejo de Europa, a fin de no incurrir en duplicaciones estériles. Pues bien, los trabajos de la Organización europea parecían responder a una visión básicamente judicial del fenómeno, atentos de modo especial a las exigencias de la seguridad jurídica. En consecuencia, en el texto resultante se parte de la existencia de una decisión relativa a la custodia,

³ En la actualidad en vigor entre los quince Estado miembros de la Unión Europea, más Chipre, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Polonia y Suiza.

como requisito previo para la consideración como ilícito del desplazamiento o retención de un menor.

Se trata de un planteamiento del tema que responde a los esquemas clásicos del Derecho internacional privado; así, la delimitación de que sea un "*traslado ilícito*" en el sentido del Convenio se establece en su artículo 1.d), entendiéndose por tal "*el traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho estado*". De este modo, el ámbito de aplicación material del Convenio del Consejo de Europa se restringe a los supuestos en los que hay un pronunciamiento sobre los derechos de guardia y visita (o la sanción por una autoridad del acuerdo a que hubieran llegado ambos progenitores). Es más, aunque se contempla la posibilidad de que la ilicitud se establezca en una decisión *ulterior* (art. 12), el carácter excepcional de tal previsión resulta confirmado por la posibilidad de que los Estados la excluyan por la vía de una reserva (art. 18)⁴.

Pues bien, la exigencia de una decisión formal a favor de quien reclama el restablecimiento de su relación con el menor, alterada por el "traslado sin derecho" del menor, hace que en el Convenio de Luxemburgo predomine la vertiente "convenio de reconocimiento y ejecución de decisiones", sobre la vertiente "convenio de cooperación" a que podrían abocar algunas disposiciones convencionales, como las que configuran la creación de unas Autoridades Centrales encargadas de velar por la aplicación del Convenio.

En contraste con un sistema como el descrito, en el que se utilizan instrumentos y nociones clásicas del Derecho internacional privado, los redactores del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores de

⁴ Así, España cuando ratificó el Convenio en 1984 formuló una reserva en este sentido, aunque luego la retirara en 1991.

25 de octubre de 1980, concibieron un mecanismo de solución de naturaleza muy distinta, alejado en buena medida del marco conceptual tradicional de la disciplina.

Sin embargo, como suele ocurrir en el mundo de las ideas, el germen de la noción que con el tiempo se convertiría en el eje neurálgico del Convenio de La Haya no surgió de la nada, sino que venía planteándose desde hacía algún tiempo, con distintas formulaciones jurídicas.

Así, hay que recordar que en el proceso de elaboración del Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, en el artículo 6 del Anteproyecto llegó a figurar una disposición que negaba el derecho de recurrir a los tribunales a quiénes hubieran realizado un desplazamiento fraudulento del menor; disposición que finalmente se descartó ante las dificultades que planteaba su formulación. Por otra parte, dicha idea guarda semejanza con la solución propugnada, para las relaciones intra-estatales de los Estados Unidos de América, por el artículo 8 de la Uniform Child Custody Jurisdiction Act de USA preparada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en 1968, con la aprobación de la American Bar Association y que ha sido adoptada por un significativo número de Estados (28 en 1978). La citada disposición viene a recoger en el tema la "doctrina de las manos limpias", negando al progenitor que ha actuado de modo reprehensible el derecho de acudir a los tribunales.

De manera aún más inmediata, el denominado *Informe Dyer* de 1978 (que fue sometido, junto con un Cuestionario, a todos los Estados miembros de la Conferencia de La Haya), con el que se inician en sentido propio los trabajos preparatorios del Convenio, daba cuenta de la iniciativa del Delegado suizo en el Consejo de Europa, Walter Baechler, tendente a imponer a las autoridades del país donde el menor es desplazado el deber de restablecer la

guarda, evitando en toda la medida de lo posible entrar en el fondo, en aquellos supuestos en los que el menor hubiera sido sustraído "arbitraria" o "irregularmente" a su guardián⁵.

Parece claro que la actuación propuesta, al limitar el ámbito de la intervención judicial en los supuestos señalados, traduce una actitud de desconfianza hacia los convenios que buscan la ejecución *rápida* de las decisiones en materia de guarda de menores; desconfianza que, en cualquier caso, resultaba avalada por la práctica en la aplicación de convenios tanto bilaterales como multilaterales.

Por otra parte, cuando la Conferencia de La Haya orienta sus trabajos en la senda abierta por las iniciativas que acabamos de evocar lo hace movida tanto por el deseo de profundizar en las posibilidades jurídicas que ofrecen, como por la existencia de un dato sociológico determinante. En efecto, la atenta consideración de la realidad que se intentaba regular -esa realidad que producía auténtica alarma social- llevó a expertos y delegados en la Conferencia de La Haya a la conclusión, desde una fase temprana de los trabajos de elaboración del Convenio, de que, en muchas ocasiones, el desplazamiento del menor se producía justamente antes de que se hubiera adoptado ninguna decisión sobre su custodia.

Por hipótesis, en tales circunstancias el progenitor desposeído no puede hacer valer ninguna decisión anterior al desplazamiento y, lo que es aún más grave, tendrá dificultades para obtenerla después, cuando el menor, justamente por su traslado ilícito, ya se encuentra físicamente fuera del ámbito de acción de las autoridades de su anterior residencia habitual.

⁵ "Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents", de A.Dyer, document préliminaire n° 1 d'août 1978, en **Actes et documents de la Quatorzième session, t. III**, pp.48-49.

Ante tal panorama la Conferencia entendió que la mejor forma de luchar contra la lacra que supone bien la utilización de los menores para saldar viejos agravios bien, en el mejor de los casos, el total desprecio de sus derechos a la hora de organizar una nueva vida en la que el otro progenitor no tiene cabida, era impedir que el adulto que desplaza al menor consiga alterar los datos jurídicos de la situación. Aceptada tal posición como punto de partida, todos los esfuerzos convencionales se centrarían en garantizar la devolución del menor a su primitiva residencia habitual, entendiendo que son las autoridades judiciales o administrativas de ésta las que mejor situadas se hallan para pronunciarse sobre los derechos de guarda y visita de los menores que residen en su circunscripción.

II. La práctica española desde 1987 a nuestros días: una muestra de la paulatina "interiorización" de los objetivos convencionales.

Acabo de señalar que, en mi opinión, la idea rectora que preside el Convenio, y que se encarna en su principal objetivo, es que hay que lograr la devolución inmediata del menor ilícitamente sustraído a su residencia habitual. He señalado también cómo la consecución de tal fin se busca, *inter alia*, restringiendo el ámbito de competencia material de los jueces del Estado en el que el sustractor del menor ha buscado refugio, al disponer que ninguna decisión, adoptada en el marco del Convenio sobre la restitución del menor, afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia (art.19). Por lo demás, no hay que olvidar que, terminando de perfilar el sentido de las intervenciones propiciadas por el Convenio, en él se dispone que las autoridades del "Estado de refugio" sólo se pronunciarán sobre la cuestión de fondo cuando se haya establecido que no se dan las condiciones fijadas por el Convenio para la restitución del menor o haya transcurrido un plazo razonable sin que se haya invocado la aplicación del mismo (art. 16).

Pues bien, lo primero que nos enseña la experiencia española es que la asunción de estos objetivos por jueces y tribunales no siempre es fácil, por motivos muy distintos según hablemos de la celeridad que hay que imprimir a los procedimientos o de la prioridad que ha de anudarse a la restitución inmediata del menor.

a. En el primer plano, los mayores obstáculos para alcanzar soluciones judiciales en tiempo "razonable", desde la perspectiva del Convenio, se encuentran frecuentemente en la normativa procesal interna. En efecto, el art. 11 del Convenio se limita a prever que las autoridades de los Estados Contratantes *actuarán con urgencia*, señalando en su párrafo segundo que, transcurridas seis semanas de la iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad Central concernida podrán *pedir una declaración sobre las razones de la demora*. El modo en que las Autoridades internas logren dar cumplimiento a estas previsiones depende, pues, del Ordenamiento jurídico de los Estados partes que es, en consecuencia, el que debe proporcionar las vías procesales idóneas a tal fin.

En el concreto caso del Derecho interno español, la inexistencia de cauce procesal idóneo en el momento en que España ratificó el Convenio hace que resulte fácil imaginar las dificultades de jueces y magistrados para pronunciarse en los plazos previstos convencionalmente. De este modo la práctica española de los primeros años de aplicación del Convenio muestra los esfuerzos de los Tribunales, rara vez coronados por el éxito, por adaptarse a los ritmos convencionales.

A tal estado de cosas puso fin la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil introduciendo toda una Sección del Título IV del Libro III bajo la rúbrica "Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional". Se cerró así un período de

incertidumbre y defectuoso cumplimiento de sus obligaciones por parte española, al menos en cuanto se refiere a la celeridad en la tramitación judicial de las demandas de retorno.

Ahora bien, si los retrasos indebidos en la tramitación de los procedimientos en que pueden desembocar las reclamaciones para el retorno de los menores sustraídos resultan directamente abordables (y, en principio, solucionables) con una disposición legal, más difícil es que una "norma" (del rango que sea) logre alterar hábitos adquiridos y que a veces serían contrarios al mandato convencional. En todo caso, la ley española que comentamos sí que ha servido para ofrecer una clara base jurídica a las actuaciones de las instancias administrativas a quienes se encomienda, en primera línea, la consecución de los objetivos del Convenio; me refiero, a la Autoridad Central. Tal es la situación en lo que se refiere a la eventual participación del Abogado del Estado en el procedimiento y a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal. Por último, en este rápido recorrido por la práctica española me referiré brevemente al sistema de asistencia jurídica gratuita vigente en el Derecho español y su extensión a los conflictos suscitados por la sustracción internacional de menores.

b. El Abogado del Estado. Integrados en el Servicio Jurídico del Estado, a los Abogados del Estado les compete "el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos" (art. 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas); en consecuencia, cuando la Autoridad Central española deba recurrir a los Tribunales para lograr el retorno de un menor será el Abogado del Estado que corresponda, según el lugar en donde el menor haya sido localizado, el que promoverá el procedimiento para lograr su restitución.

De este hecho se derivan dos consecuencias importantes que deben contribuir a la correcta aplicación del Convenio de La Haya por las autoridades españolas:

- La primera se refiere a la máxima calidad técnica de los Letrados que van a defender las tesis de la Autoridad Central, guardiana del Convenio y representante de quien solicita el retorno del menor (así se considera por el art. 28 del Convenio de La Haya). En efecto, la Abogacía del Estado en España constituye un cuerpo de funcionarios de élite de la más alta cualificación.

- La segunda tiene que ver con el denominado "fuero territorial del Estado" y su repercusión sobre la concentración jurisdiccional en la materia, calificada como deseable en las Conclusiones de la última Comisión Especial de 2001.

En principio, el conocimiento de estas demandas corresponde a los Jueces de Primera Instancia (en concreto de los que conocen de cuestiones de familia) en cuya demarcación judicial se halle el menor, por lo que, dada su dispersión por todo el territorio nacional y su número considerable, resulta difícil cualquier especialización en la materia. En contrapartida, esta atribución competencial ofrece la ventaja de que el conocimiento del tema se hará por un tribunal próximo al menor que podrá conocer la situación real en que éste se encuentra.

Pues bien, la atomización que se produce por la distribución competencial apuntada se va a ver corregida cada vez que intervenga el Abogado del Estado (lo que se producirá siempre que la demanda de retorno se canalice a través de la Autoridad Central). Y es que, por una tradicional prerrogativa procesal del Estado, en los procesos civiles en que sea parte la competencia va a corresponder a los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en capitales de provincia, en Ceuta y en Melilla (art. 15

de la citada Ley de 1997). Tal prerrogativa ha provocado en algún momento demoras cuando el Juzgado de la capital de provincia se declara incompetente a favor del Juzgado del pueblo en que se encuentra el menor y el Abogado del Estado apela frente al Auto de incompetencia. Para evitar posibles retrasos por esta causa (que en algún momento fueron denunciados por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya), una Instrucción de la Abogacía General del Estado ordena a los Abogados del Estado no recurrir en apelación los Autos de incompetencia y personarse en el Juzgado declarado competente renunciando por tanto al fuero territorial a que el Estado tiene Derecho.

En cualquier caso, no siendo habitual la declaración de incompetencia, la intervención de los Abogados del Estado logran el efecto positivo al que antes me refería al facilitar una cierta especialización de los Juzgados situados en las capitales de provincia que son los que por este motivo conocen de la mayoría de las demandas sobre sustracción de menores. Tanto por este motivo como por la realizada calificación profesional de los Abogados del Estado, es ésta una peculiaridad del sistema español que debe subsistir, al menos mientras que el número de sustracciones de menores lo haga posible porque se mantenga en las cifras actuales (148 expedientes en que España aparece como requerida, en los tres últimos años).

c. La intervención del Ministerio Fiscal. Para entender el papel que desempeña el Ministerio Fiscal en los procedimientos generados por la aplicación del Convenio, hay que recordar que su misión es la de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados" (art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). De tal caracterización se deduce su presencia en todos los procesos relativos al estado civil y, de modo muy especial,

en aquéllos que versen sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores, "siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor" (art. 749.2 de la LEC).

En concreto, en el procedimiento diseñado para el retorno de los menores en los supuestos de sustracción internacional, la intervención del Ministerio Fiscal resulta preceptiva, siempre en interés del menor. Por tanto, resultan perfectamente identificables los distintos papeles o roles desempeñados en los procedimientos iniciados en aplicación del Convenio. De una parte, el Abogado del Estado representando a la Autoridad Central ha de entenderse que va a defender las posiciones jurídicas de la persona a la que el menor ha sido sustraído. A su vez, la intervención del Ministerio Fiscal, presidida por la defensa del interés del menor, puede no coincidir con la posición del Abogado del Estado, es decir, con las tesis de la Autoridad Central que, a su vez, representa a la persona que reclama el retorno.

En relación con la actuación del Fiscal, en una posición que adquiere autonomía precisamente porque responde a una apreciación directa del interés del menor concernido, cabe suscitar algunos temas que no tienen respuesta clara en la legislación.

El primer punto de interés reside en determinar si y hasta donde el Ministerio Fiscal tiene autonomía para plantear las excepciones al retorno contenidas en los artículos 13 y 20 del Convenio. En mi opinión, la cuestión adquiere especial verosimilitud cuando las excepciones se conecten con la apreciación de que existe un grave riesgo físico o psíquico o que de cualquier otra manera se entienda que el retorno puede poner al menor en una situación intolerable; lo mismo cabría decir si la devolución no fuera posible en atención a los principios

fundamentales de España en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Ahora bien, mientras que no parece que existan problemas cuando el Fiscal apoya a la parte que hace valer alguna de dichas excepciones, el tema no resulta tan claro si lo que consideramos es su planteamiento directo por el Ministerio Fiscal, al margen de la opinión de las partes. He de señalar que no tengo noticias de que el supuesto se haya suscitado en la práctica, pero entiendo que se trata de una hipótesis que puede presentarse, cuya solución en el ordenamiento jurídico español posiblemente tendría que ir acompañada de las medidas adecuadas para lograr, previa declaración de desamparo (art. 172 del Código civil), la tutela del menor por la Administración pública competente. En efecto, las sustracciones de menores lo que plantean inicialmente es una relación *inter privatos* en que la intervención de los poderes públicos, en cuanto tales, debería reducirse a la exigida por el superior interés del menor.

Las conclusiones alcanzadas, en cuanto a la posible invocación por el Fiscal de las excepciones al retorno del menor consagradas convencionalmente, se extienden también en mi opinión a la posibilidad de que el Ministerio público plantee el recurso de apelación frente al Auto que decida sobre la restitución del menor (art. 1908 LEC), y ello tanto si en él se acuerda el retorno como si se deniega. Las razones que me inclinan por esta solución son las mismas que argüía en cuanto a las excepciones: salvo que exista causa suficiente para entender que el menor se encuentra en una posición de desamparo, la apelación de la decisión judicial debería reservarse, como norma general, a quienes se disputan su guarda y custodia.

Cuestión distinta es la que suscita la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda promover, junto con quien promueva el procedimiento, la adopción de la medida

provisional de la custodia del menor o cualquier otra de aseguramiento que estime pertinente (art. 1903 LEC); y es que, en tal caso de lo que se trata básicamente es de garantizar que la decisión judicial podrá ejecutarse, sin nuevas interferencias de quien, al sustraer al menor, ya dio pruebas de ser proclive a la utilización de las vías de hecho. De todas formas, salvo en los casos en que la adopción de la medida provisional en cuestión venga determinada por consideraciones relativas a la salvaguarda del menor, hay que reconocer que, al utilizar dicha facultad, el Ministerio Público adopta una posición que puede calificarse de hostil frente a quien desplazó al menor.

d. En esta visión panorámica sobre algunos de los problemas prácticos que plantea la aplicación del Convenio de La Haya en el Ordenamiento jurídico español, quiero referirme a la asistencia jurídica gratuita, utilizando la denominación propia de nuestro Derecho.

El tema se aborda en dos artículos del Convenio de 1980. En el primero, el art. 25, se amplía el ámbito personal del sistema de asistencia jurídica que pueda existir en cada uno de los Estados parte en el Convenio, disponiendo que a dicha asistencia tendrán derecho los nacionales y los que tengan su residencia habitual en cualquiera de los demás Estados contratantes, "en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio", "en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente" en dicho Estado.

Ello significa en el caso español que el acceso a los amplios beneficios de la justicia gratuita consagrados por la Ley 1/1996, de 10 de enero, podrán ser reclamadas por las personas a que se refiere el artículo 25 en iguales condiciones que "los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España" (art. 1 de la

citada Ley)⁶. La amplitud de los beneficios que comporta el derecho a la asistencia jurídica gratuita se constata con la mera lectura del art. 6 de la Ley que la reglamenta. Digamos aquí simplemente que, entre otros, comprende el asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso así como la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en los procedimientos judiciales.

De lo anterior se deduce que, además de la representación por la Autoridad Central y a través suya por el Abogado del Estado, el demandante que carezca de medios económicos puede litigar ante los Tribunales españoles con una buena asistencia letrada. Un supuesto que lógicamente se presentará sobre todo si quien reclama al menor decide acudir directamente a los tribunales españoles sin utilizar la vía de la Autoridad Central, tal y como prevé expresamente el art. 29 del Convenio.

El segundo artículo en que se trata la cuestión es el artículo 26, cuyo párrafo segundo señala que las Autoridades Centrales, además de no cobrar por sus servicios, tampoco "exigirán al demandante ningún pago por las costas y gastos del proceso ni, en su caso, por los gastos derivados de la participación de un Abogado o asesor jurídico". Sin embargo, esta disposición, junto con la que regula el uso de los idiomas en las relaciones entre Autoridades Centrales, puede ser objeto de una reserva, en los términos previstos en el párrafo tercero del mismo artículo. Ello prueba, si es que fuera necesario ratificar lo obvio, el abismo que separa a los sistemas jurídicos en este punto: y es que el art. 26 pensado para aquellos

⁶ A los que hay que añadir los extranjeros que se hallen en España... en relación con los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo, según dispone el art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción que le ha dado la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

ordenamientos que no prevén un mecanismo autónomo de representación procesal de la Autoridad central, sufre una quiebra (materializada en la posibilidad de una reserva) cuando tampoco conocen un sistema generalizado de asistencia jurídica gratuita. En buena medida, las dificultades experimentadas por algunos países, como los Estados Unidos de América, para la correcta aplicación del Convenio proceden de la conjunción de ambas circunstancias negativas.

III. Temas para el debate en relación con el secuestro de menores desde la perspectiva del Derecho español.

Superadas las trabas procesales y con una jurisprudencia que empieza a aplicar de forma bastante fiel el Convenio de La Haya, quedan aún muchos temas no abordados en este ponencia, algunos de los cuales resultan especialmente importantes *de lege ferenda*. Permítanme que los evoque, sólo *pro memoria*.

- La extensión "matizada" de la normativa anterior a las demandas relacionadas con el Derecho de visita, en invocación del art. 21 del Convenio. Las limitaciones de las disposiciones procesales examinadas a los supuestos de sustracción de menores, con la consiguiente necesidad de recurrir a las diligencias de cooperación jurisdiccional de los arts. 277 LOPJ y 300 LEC.

La tendencia a limitar la intervención de la Autoridad Central a los supuestos en que el Derecho de visita aparece involucrado con la sustracción o retención de un menor.

- La posible penalización de la sustracción de menores por uno de sus progenitores, incluida la sustracción internacional, según una Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados el 11 de junio de 2001, que unifica anteriores Proposiciones de Ley presentadas respectivamente por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español.

- El alcance y consecuencias de la existencia de un recurso de apelación "en un solo efecto" frente a los Autos que resuelven sobre la procedencia o no de la restitución del menor. En este extremo es significativa la problemática suscitada en la STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002.