El riesgo de la sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas

Risk of internacional child abduction as the basis for an agreement on preventive measures

MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado,

Universidad de Murcia

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2021.007

Bitácora Millennium, Nº 14 (julio-diciembre 2021)

Zaragoza, diciembre 2021

Abstract

El presente trabajo se centra en las medidas preventivas que prevé nuestra legislación civil para evitar la sustracción de menores, en particular, en el caso de una posible sustracción internacional. De acuerdo con los arts. 103.1 y 158.3 del Código Civil donde se comprenden, su adopción está vinculada a la constatación de la existencia del riesgo de que pudiera llegar a materializarse la sustracción, sin embargo, no precisan estos preceptos los elementos sobre los que se puede sustentar la apreciación del riesgo. La delimitación de estos elementos de acuerdo con el análisis de nuestra jurisprudencia, configura el objeto de este estudio.

The aim of this paper is to analyze the preventive measures under our civil legislation in order to avoid child abductions, particularly in the case of potential international abductions. According to art. 103.1 and 158.3 of the Spanish Civil Code, in which these measures are contained, their adoption is linked to the existence of the risk that such an abduction could be materialized. However, they do not specify the elements for which the risk assessment can be sustained. The delimitation of those elements according to our case law is the object of this study.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores. Medidas preventivas. Elementos para la apreciación del riesgo

Key words: *International child abduction. Preventive measures. Elements for the assessment of the risk*

Sumario

I. Introducción

II. Delimitación del supuesto de la sustracción internacional de menores

III. Análisis jurisprudencial de los indicadores del riesgo de sustracción internacional de menores

1. La necesaria valoración y acreditación del riesgo

2. Elementos sobre los que recae la valoración del riesgo

IV. Especial consideración del acuerdo de medidas provisionales en los procesos matrimoniales

V. Conclusiones

Bibliografía

I. Introducción*

Las vías de actuación que ofrece la legislación española frente a la sustracción de menores son diversas y abarcan, tanto las que presentan carácter preventivo, como las que operan cuando ya se ha producido el secuestro. Las primeras, en las que se centra el presente análisis, son las previstas en el ámbito civil, en tanto que las segundas pueden ser de carácter civil o penal.

Las medidas preventivas como mecanismo para evitar que el menor sea víctima de una sustracción se recogen en nuestra legislación interna en los arts. 103.1 y 158.3 CC[1].

El art. 103.1 CC comprende las medidas que se pueden acordar en el contexto de los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio y recoge una expresa referencia al supuesto en el que exista "riesgo de la sustracción del menor" por alguno de los cónyuges o por terceras personas. Las que, en particular, prevé para este caso son las siguientes: "(a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. (b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. (c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor". Se trata de las mismas que introduce el art. 158. 3 CC "para evitar la sustracción de los hijos menores por

Fecha de recepción del original: 26 de octubre de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 14 de diciembre de 2021.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i (Programa Operativo FEDER-Andalucía 2014 - 2020: SEJ-101-UGR18 "Herramientas de Derecho Internacional privado para la protección de los niños y niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones transfronterizas: identificación de problemas y propuesta de solución desde la perspectiva de género".

[1] Cabe destacar el esfuerzo por evitar la sustracción internacional de menores que ha tenido lugar en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado al recomendar a los Estados parte del "Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" que establezcan líneas de acción en orden a evitar que llegue a producirse ("Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Tercera Parte. Medidas de prevención)" (https://assets.hcch.net/docs/04e14dc3-14a7-4d40-965b-1655124489b0.pdf). La consideración de esta recomendación en la articulación de las medidas preventivas de nuestra legislación interna es objeto del análisis abordado por MARTÍN HUERTAS Mª. A. "El Convenio de La Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores", en MONGE FERNÁNDEZ A. (Dir.), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 95-127.

alguno de los progenitores o por terceras personas"[2]. Este precepto recoge las medidas que puede adoptar el Juez con carácter urgente cuando el menor se encuentre en peligro, motivo por el que pueden ser acordadas de oficio[3], o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, y en cualquier tipo de proceso[4].

La consideración de estos preceptos refleja que su objeto es la protección del menor para preservarlo de los perjuicios que pudiera sufrir ante las situaciones de riesgo, siendo una de ellas la derivada de su posible sustracción[5]. Un perjuicio que alcanza su grado máximo cuando el traslado del menor se produce fuera de nuestras

[2] El art. 158 CC ha sido modificado por el núm. 3 de la Disposición Final segunda de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2021), si bien esta modificación no afecta al aptdo. 3 que ahora interesa.

[3] Sobre el posible acuerdo de oficio indica la Sentencia de la AP de Málaga 2416/2018 (ECLI:ES:APMA:2018:2416) que "(…) la actuación de los Jueces, en desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas para la defensa y protección de los menores (artículos 29 y 124 de la Constitución), se desarrolla *ex officio* a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad, habida cuenta precisamente de la indisponibilidad y carácter público del bien tutelado. Aplicando los anteriores principios al ejercicio del concreto derecho del progenitor no custodio a relacionarse con su hijo, las resoluciones habrán de tomarse en relación al interés de la menor por encima de los intereses, preferencias o comodidades, de sus progenitores, sin que este derecho sea absoluto sino que, por el contrario, su ejercicio esté supeditado al reiterado principio del interés del menor, en consecuencia, no se trata de una medida rígida sino que en su establecimiento, modificación, limitación, suspensión e, incluso, denegación, habrá de tenerse en cuenta mas que en ningún otro caso de los sometidos a los Tribunales, las circunstancias que en el y en los afectados concurran".

[4] Normalmente tienen carácter cautelar, accesorio en un procedimiento principal civil o penal, si bien, también pueden solicitarse de forma autónoma a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. A las consecuencias del incumplimiento se refiere JIMÉNEZ FORTEA F. J. "La tutela civil en España en los casos de sustracción de menores interparental", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 20, 2015, pp. 168-191 (en esp. pp. 183-185).

[5] Los graves efectos que genera este traslado irregular del menor a otro país se entremezcla, en ocasiones, con otras situaciones que pueden aumentar las consecuencias perjudiciales para el menor, como es el lamentable caso de la violencia de género. En este sentido *Vid.* REIG FABADO I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs* violencia familiar o doméstica", *CDT*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 610-619; RUIZ SUTIL C. "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista", en GARCÍA GARNICA Mª. C., MARCHAL ESCALONA N. (Dirs.), QUESADA PÁEZ A. y MORENO CORDERO G. (Coords.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 581-605; REQUEJO ISIDRO M. "Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género", en CASTILLEJO MANZANARES R. (Dir.), Violencia de género, justicia restaurativa y mediación, 2011, pp. 679-681; RODRÍGUEZ PINEAU E., "Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar", en QUICIOS MOLINA M.S / ÁLVAREZ MEDINA S. (Dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 233-254; JIMÉNEZ BLANCO P. "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *REEI*, núm. 35, 2018, pp. 1-49.

fronteras, que es el caso de la sustracción internacional al que viene referido el presente trabajo[6]. Ello explica que la prohibición de salida del territorio nacional (salvo autorización judicial), así como de la expedición del pasaporte o, en su caso, la retirada del mismo[7], sean las medidas preventivas que ambos artículos recogen. Ahora bien, como medidas que responden a un objetivo concreto, su adopción ha de quedar ajustada a la acreditación de su necesidad para "evitar la sustracción de los hijos menores" (art. 158.3 CC), o ante el "riesgo de sustracción del menor" (arts. 103.1 CC).

La vinculación que se constata en estos preceptos entre estas medidas y la existencia del peligro de la sustracción, determina que este riesgo es el que sustenta su adopción. A pesar de esta relevancia, ninguno de estos artículos indica los aspectos que tienen que ser considerados para su apreciación. Esta ausencia de precisión justifica el objeto del presente análisis, que se identifica con la delimitación de los elementos que permiten acreditar la existencia de riesgo de una sustracción internacional. Su carácter esencial, como base para la adopción de las medidas preventivas previstas en los arts. 103.1 y 158.3 CC y, por tanto, como fundamento de la resolución judicial que las acuerde, motiva la paralela transcendencia del objeto ahora perseguido.

[6] Su transcendencia queda reflejada en la especial consideración que ha merecido la sustracción internacional en la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021), como se constata en su art. 51. 2 cuando establece que "(e)l Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Españoles en el Exterior, coordinará con la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 o con la Unidad que se determine, las actuaciones de los menores españoles en el exterior, especialmente en los casos en los que se prevea el retorno a España de los mismos". En este sentido, y a efectos de destacar la especial gravedad que reviste la sustracción de menores cuando presenta carácter internacional, no deja de ser trascendente considerar que, a efectos penales, el traslado del menor fuera de las fronteras del territorio español es objeto de una agravación especifica en el art. 225 bis del Código Penal que determina una pena de prisión de tres a cuatro años. El alcance del delito es objeto de una detallada consideración en la Sentencia del TS (Sala Segunda) 339/2021, de 23 abril de 2021, Rec. 1665/2019.

[7] La expedición del pasaporte del menor exige el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela. Su autorización expresa es necesaria para que el menor pueda viajar solo o con personas que no ejercen la patria potestad. Y, para que pueda viajar en compañía de uno solo de sus progenitores, se requiere la autorización expresa del progenitor ausente. Esta regulación, como indica CHÉLIZ INGLÉS, es el resultado de las modificaciones que se introdujeron, precisamente como consecuencia del aumento de los supuestos de sustracción internacional de menores, a través del RD 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características (BOE núm. 154, de 25 de junio de 2014). CHÉLIZ INGLÉS M. C. *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.24-25.

Con esta finalidad, el presente trabajo comienza por la identificación de los aspectos que subyacen en la situación de sustracción internacional de menores (apartado II). Se pretende una aproximación al problema con carácter instrumental, como punto de partida para abordar el aspecto que constituye el eje principal del presente estudio. Se trata de precisar, sobre la base de un amplio y exhaustivo análisis jurisprudencial, los elementos determinantes de la valoración de la existencia del riesgo de la sustracción internacional, cuya apreciación sustenta la adopción de las medidas preventivas que lleva aparejado (apartado III). Esta delimitación exige, por las razones que después se exponen, la específica consideración de tales elementos en la resolución que acuerde las medidas provisionales en los procesos matrimoniales (apartado IV). Finalmente se exponen las conclusiones derivadas del análisis realizado (apartado V).

II. Delimitación del supuesto de la sustracción internacional de menores

La Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de noviembre sobre "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores"[8] (a partir de ahora, Circular 6/2015 FGE) comienza señalando que ésta tiene lugar "(…) cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor". Esta definición abarca diferentes supuestos de secuestro internacional[9]. El primero de ellos se identifica con el caso en el que el progenitor no custodio sustrae al menor durante el periodo de visita y lo trasladaba a otro país. El segundo, con la situación en la que ambos progenitores comparten la custodia (ya sea tras un divorcio, o sin que este haya tenido lugar) y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro ejerza su derecho de custodia. Y, el tercero, con el caso en el que el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro distinto y así evita que el progenitor que ostenta

[8] Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores" https://www.fiscal.es/documents/20142/79c1a677-8c8f-bd7f-304a-0afac6aeeb25. Esta Circular supuso un claro respaldo a la celeridad en la tramitación de los casos de sustracción internacional de menores cuando España sea el país donde se constata el secuestro. Un detallado análisis de la misma es realizado por FORCADA MIRANDA F.J. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015", *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 3, 2016, pp. 1-15; *Id.* "Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español", *REDI*, vol. 68, núm. 2, 2016; pp. 337-346; ESPINOSA CALABUIG R. "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias", *REDI*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 347-357.

[9] DIAGO DIAGO M.P. "Secuestro internacional de menores: Marco jurídico", *Aequalitas*, núm. 7, 2001, pp. 21-23 (en esp., p. 21).

el derecho de visita pueda seguir ejerciéndolo. Esta diversidad de supuestos motiva que el retorno del menor pueda ser demandado, tanto por el progenitor que tenga un derecho de custodia en sentido estricto, como también por aquél al que se le impide el ejercicio del régimen de visitas.

En todo caso, el elemento que caracteriza la existencia de la sustracción es el traslado ilícito del menor a un país distinto del que reside[10]. La ilicitud existe cuando se produce vulnerando el derecho de custodia que resulte de una atribución de pleno derecho, o bien una resolución judicial relativa a la custodia y régimen de visitas[11].

Este traslado del menor, que va contra el derecho del que es titular a relacionarse con ambos progenitores (art. 160 CC), motiva la importancia de su inmediato retorno para revertir la situación al estado previo a la sustracción[12]. Ahora bien, el obstáculo esencial se produce cuando el progenitor secuestrador encuentre en el país al que lo traslada la protección judicial necesaria para impedir la restitución. De conseguir esta

[10] Como señala CARRIZO AGUADO, se precisa que exista un efectivo desplazamiento internacional que aparte al menor del otro progenitor y que dicho desplazamiento sea la causa de un efectivo cambio o variación sustancial del *status* del niño. CARRIZO AGUADO D. "Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003", *CDT*, vol. 12, núm. 2, pp. 267-282 (en esp. p. 269).

[11] El carácter ilícito del traslado es definido en el art. 3 del "Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" (https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24) sobre la base de un doble supuesto. El primero, cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. El segundo, cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Un profundo análisis en ÁLVAREZ GONZÁLEZ S. "Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público", *La Ley. Unión Europea*, núm.33, 2016, pp. 1-10. Como indican AZCÁRRAGA MONZONÍS y QUINZÁ REDONDO, la sustracción internacional de menores se construye sobre otras instituciones como la filiación o la custodia, cuya determinación preliminar resulta necesaria a los efectos de concluir si el traslado o la retención ilícitos se han producido efectivamente AZCÁRRAGA MONZONÍS C., QUINZÁ REDONDO P. "Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio", *CDT*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 795-801 (en esp., p. 800). Ahora bien, es cierto que en muchos casos la ilicitud del traslado plantea el problema de la prueba del consentimiento, al que se refiere HERRANZ BALLESTEROS M. "Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre", *CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 642-651 (en esp., p. 648).

[12] La celeridad para restablecer la situación legal previa es abordada por ORTIZ VIDAL, Mª.D. "Sustracción internacional de menores y derecho al respeto a la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del menor" en PÉREZ DE NANCLARES J.M. (Dir.), GONZÁLEZ HERRERA D. (Coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 139-150.

protección, el resultado es que, lo que comienza como una situación de secuestro, termina siendo una situación legal desde la perspectiva de este último país. En este caso, indica la Circular 6/2015 FGE, las dificultades para restablecer el *status quo* anterior son mayores "entre otras cosas porque quien así actúa es normalmente ciudadano del país de refugio y lo que pretende con su actuación es crear un fuero artificial para que la contienda sobre la custodia se resuelva conforme a sus intereses"[13]. Este es el motivo de que el retorno del progenitor secuestrador al Estado de su nacionalidad, al que se traslada con su hijo/a, se aprecia en las situaciones que frecuentemente existen detrás de una sustracción, como es el caso de quiebra de un matrimonio mixto, es decir de distinta nacionalidad y distintas culturas; el de matrimonio entre cónyuges que residen en un país distinto de aquel del que ambos son nacionales, y el caso en el que los cónyuges han adquirido la nacionalidad del país de recepción donde tienen su residencia, pero continúan teniendo vínculos muy estrechos, culturales, ideológicos o religiosos con su país de origen[14]. Como indica la Circular 5/2015 FGE, "esta búsqueda de unos Tribunales *ad hoc*, favorecedores de las posiciones de los secuestradores es especialmente dramática en supuestos en los que los progenitores son no solo de distintas nacionalidades, sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones[15], en los que el posible retorno a su país de origen puede implicar que obtenga la protección como consecuencia de lo que se ha llamado el "nacionalismo jurídico", que cabe identificarlo con la tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que ello repercute en beneficio del menor. El

[13] Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *cit.*, p. 2.

[14] Estos casos como causas del secuestro son objeto del análisis de DIAGO DIAGO M.P. "Secuestro internacional de menores…", *cit.*, pp. 20-23; CHELIZ INGLÉS M.C.., *La sustracción internacional de menores y la mediación…, cit.* (en esp., pp. 22-26); CALVO CARAVACA A.L., CARRASCOSA J. "Sustracción internacional de menores: Una visión general" en GAMARRA CHOPO Y. (Coord.) "*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios"*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155; LORENTE MARTÍNEZ I. *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial práctico y crítico*, Dykinson, 2019.

[15] Los llamados "conflictos ocultos", o "conflictos de civilizaciones" y su relación con los casos de secuestro internacional de menores han sido objeto de un profundo análisis por DIAGO DIAGO M.P., "El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar", *REEI*, núm. 30, 2015, pp. 1-29; *Id.*, "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español", *Aequalitas*, núm. 6 (enero-abril de 2001), pp. 6-13; *Id.*, "Secuestro Internacional de menores…", *cit.*, pp. 20-23, donde indica que "las estructuras familiares de sociedades como las islámicas hacen que, con frecuencia, los Tribunales favorezcan en materia de custodia del niño al padre o madre nacional, de religión musulmana, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor o a la menor a su país de origen".

recurso retórico al interés del menor para rechazar el retorno esconde en ocasiones esta mentalidad profundamente perturbadora"[16].

Esta aproximación a las situaciones de secuestro internacional permite señalar que un elemento esencial para la valoración del riesgo es la nacionalidad del progenitor. El país del que ostenta la nacionalidad permite considerar la posibilidad que tendría de conseguir la protección ante la situación de secuestro, propósito pretendido con la sustracción. De no poder obtenerla, la situación será considerada como secuestro por este país, lo que facilita el camino de la restitución del menor al permitir que puedan desplegar su eficacia las vías previstas en los instrumentos internacionales[17], o bien, de no resultar aplicables, las establecidas en los ordenamientos internos[18].

[16] Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *cit.*, p. 2. Sobre las técnicas que implican un "nacionalismo jurídico" *vid.* DIAGO DIAGO M.P. "El Islam en Europa…, *cit.*, pp. 1-29; LÁZARO GONZÁLEZ I. "La eficacia extraterritorial privilegiada de las resoluciones sobre el derecho de visita y su repercusión en el tratamiento de la sustracción internacional de los menores en el Reglamento 2201/2003", en CANEDO ARRILLAGA, M.P. *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, 2006, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 235-254; LAPIEDRA ALCAMÍ R. "La sustracción internacional de menores en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980" en LLORIA GARCÍA P., BOIX REIG F. J., IGLESIAS BUHIGUES J.L. (Coords), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, pp. 189-218 (en esp., p. 207).

[17] Son de indudable transcendencia los instrumentos internacionales que abordan este problema, de los que España es parte. En el ámbito de la Conferencia de La Haya, el "Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", de 25 de octubre de 1980 (BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1987). En el marco del Consejo de Europa, el "Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia" (BOE núm. 210, de 1 de septiembre de 1984). En el ámbito europeo es aplicable el Reglamento 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, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000 (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003), sustituido por el Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019), si bien su aplicabilidad está prevista a partir del 1 de agosto de 2022. Por último, en el contexto de los instrumentos bilaterales, sólo hemos celebrado el convenio con el Reino de Marruecos sobre "asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores" (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997).

[18] Es el momento de destacar que el recurso a la mediación como mecanismo para conseguir la restitución del menor se ha abierto paso cada vez con más fuerza. Se trata de una posibilidad recogida en la legislación española (art. 778 *quinquies* 12 LEC) que ha adquirido una importante relevancia teórica y práctica. Como indica GONZÁLEZ BEILFUSS, la promoción de la mediación es facultativa en la LEC frente a la imperatividad que se constata en el Reglamento 2019/1111, sin embargo, plantea la posibilidad de que a nivel estatal se previera una fase previa al litigio para valorar la posibilidad de que el caso concreto pudiera ser resuelto por mediación. GONZÁLEZ BEILFUSS C.

Ahora bien, aunque estos instrumentos pueden facilitar el retorno del menor, lo cierto es que su operatividad se produce una vez que el secuestro ha tenido lugar. Por esta razón, la constatación de la ratificación de estos convenios por el país del que es nacional el presunto secuestrador no impide la adopción de las medidas cautelares para evitar que se produzca la sustracción.

La consecuencia esencial que deriva de lo anterior es que la delimitación del riesgo de la sustracción que sustenta la adopción de las medidas preventivas (arts. 103.1 y 158.3 CC) tiene que articularse, tanto mediante la valoración de la posible protección que el progenitor (presunto secuestrador) pudiera obtener en el país al que trasladara al menor, como por medio de aquellos factores que muestren el peligro de que la sustracción pueda llegar a producirse. La precisión de estos elementos, que tienen que evaluarse al mismo tiempo, pasa necesariamente por el análisis jurisprudencial al que responde el siguiente apartado.

III. Análisis jurisprudencial de los indicadores del riesgo de sustracción internacional de menores

Con el objetivo de precisar los elementos sobre los que nuestros Tribunales sustentan el riesgo de la posible sustracción internacional de menores, se aborda el análisis de las resoluciones judiciales que acuerdan (o resuelven el recurso relativo a este acuerdo) las medidas preventivas que a dicho riesgo se vinculan. En particular, las que ahora interesan son las que introducen estas medidas como cautelares al

---

"La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., ARENAS GARCÍA R., DE MIGUEL ASENSIO P. A., SÁNCHEZ LORENZO S., STAMPA CASAS G. (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 383-398 (en esp. p. 396). Un extenso análisis de este mecanismo en el contexto del secuestro de menores se realiza por CHÉLIZ INGLÉS C. *La sustracción internacional de menores y la mediación…, cit.;* FORCADA MIRANDA F.J. *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid, Sepin, 2015; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P. "Mediación y Sustracción Internacional de Menores", en ALDECOA LUZÁRRAGA F., FORNER DELAYGUA J.J. (Dirs.), GONZÁLEZ BOU E., GONZÁLEZ VIADA N. (Coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 367-384; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. "Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes", *CDT,* vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 130-146*;* CARRILLO LERMA C. "Mediación Familiar Internacional y Sustracción Internacional de menores", *Barataria,* núm. 19, 2015, pp. 185-196; AZCÁRRAGA MONZONÍS C. "Mediación en Conflictos Internacionales: Aportaciones desde la Práctica Convencional de La Haya", en GRASA HERNÁNDEZ R., BLANC ALTEMIR A., DIAGO DIAGO M.P. (Dirs.), MARTINEZ CAPDEVILA, C. (Coord.), *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo),* AEPDIRI, Ministerio de Asuntos exteriores y Cooperación, Oficina de información diplomática, Madrid, 2015, pp. 251-260.

resolver de la demanda de nulidad, separación o divorcio. El carácter no recurrible del auto que acuerda las medidas provisionales motiva que estas sean objeto de consideración específica en el siguiente apartado. No obstante, los elementos que ahora se delimitan para la acreditación del riesgo han de apreciarse para la adopción de estas medidas, ya tengan carácter cautelar o provisional.

1. La necesaria valoración y acreditación del riesgo

La protección del interés del menor como objeto de las medidas preventivas motiva que prevalezcan, incluso frente al carácter limitativo del derecho de libre circulación que presentan las previstas ante el peligro de su posible sustracción. Ahora bien, tal prevalencia, y con ella la restricción que implica, sólo se justifica en atención a este peligro [19]. Esta es la causa de que nuestros Tribunales exijan la necesaria acreditación de la existencia de riesgo de sustracción del menor como requisito indispensable para adoptar las medidas preventivas que lleva aparejadas.

Las precauciones necesarias para acordar estas medidas exigen que estén fundamentadas en indicadores razonables del riesgo de traslado ilícito. En este sentido, el Auto del TS de 17 diciembre de 2020[20] recuerda (FJ 2) “el carácter restrictivo que se ha conferido a la adopción de medidas cautelares (art. 730.4 LEC)”, motivo de la inadmisión a trámite del recurso planteado sobre las mismas, al considerar que lo que se pretende es “la adopción de medidas que fueron denegadas, apelando a un supuesto peligro de sustracción de menores, sin fundamento"(FJ 4).

La consideración de un riesgo genérico para denegar la adopción de las medidas cautelares es apreciada por la Sentencia de la AP A Coruña de 3 de julio de 2015[21] cuando, al referirse a los artículos 103 y 158 CC, señala que “para instaurar esta medida restrictiva de la libertad deambulatoria es necesaria la existencia de un riesgo de sustracción de los hijos menores que no aprecia en el caso concreto por el

[19] El resultado de adoptarse estas medidas sin existir el peligro que las justifica sería la restricción de más derechos de los que le corresponde amparar en atención a su objeto. El Auto de la AP de Barcelona de 26 de enero de 2021 (ECLI:ES:APBA:2021:72A) señala que “(p)artiendo de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo, toda medida ha de adoptarse en interés de los hijos, (…). Ese supremo interés se desprende del art. 3 núm. 1 que obliga a este Tribunal a velar por él, teniendo en cuenta que dentro de los derechos del niño, está el de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres en el caso de que esté separado de uno de ellos (art. 9 núm. 3 de la Convención). E, igualmente (…) a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2017 y 658/2015, de 17 de noviembre)” (FJ 2).
[20] ECLI:ES:TS:2020:12482A
[21] ECLI:ES:APC:2015:1660

hecho de que la progenitora tenga, además de la española, otra nacionalidad extranjera y haya vivido en otros países" (FJ 7)

El riesgo no se puede identificar con meras sospechas. Para adoptar estas medidas es preciso "el peligro de secuestro a un país del que resulte difícil el retorno del menor", indica el Auto de la AP de Barcelona de 26 de enero de 2016[22] al desestimar el recurso de apelación contra el Auto del JPI de Barcelona y confirmar íntegramente esta resolución en la que señala que "(…) la parte solicitante interesa la adopción de la medida cautelar (…) por lo que de la documental que se aporta con el escrito de solicitud ha de desprenderse la concurrencia de los requisitos exigidos para su adopción, es decir la existencia de peligro de secuestro por parte de su progenitor (…), lo que no se considera que concurra en el presente caso por las siguientes razones: Por lo que respecta al riesgo para los menores, la parte demandante de medidas solamente hace referencia a sospechas como consecuencia de la aparición sobrevenida del padre de los menores, sin poner de manifiesto los motivos de tales sospechas. No se aporta documento o referencia alguna de la que pudiera desprenderse, aun cuando fuera de forma indirecta, la existencia de peligro para las menores (…)".

Ahora bien, siendo necesaria la acreditación del riesgo, ésta no se identifica con la prueba de su absoluta certeza. Como indica la Sentencia de la AP de San Sebastián de 19 de junio de 2018[23], "la evitación del riesgo exige su acreditación, no se trata de una certeza absoluta sobre el proyecto de llevarla a cabo, pero sí es precisa la apreciación de unos indicios de probabilidad o verosimilitud.

En todo caso, lo que es imprescindible es la argumentación de los elementos delimitadores del riesgo. A su ausencia se refiere la Sentencia AP Islas Baleares de 3 de marzo de 2014[24], que desestima el motivo de impugnación del progenitor no custodio de la resolución del Tribunal de instancia solicitando la adopción de medidas preventivas, al señalar que "la parte impugnante se limita a efectuar tal solicitud, pero sin argumentar, en manera alguna, en su escrito, en qué se fundamenta para solicitar la misma. Y conforme alega la contraparte, la medida interesada está prevista en el apartado a) del art. 158.3 del Código Civil solo para aquellos supuestos en que pueda existir riesgo de sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores" (FJ 4).

[22] ECLI:ES:APB:2016:5157A
[23] ECLI:ES:APSS:2018:1366
[24] ECLI:ES:APIB:2014:406

2. Elementos sobre los que recae la valoración del riesgo

Además de la necesaria acreditación del riesgo, el análisis de la jurisprudencia permite apreciar los elementos sobre los que recae la valoración de este peligro de la sustracción que genera la alarma para acordar las medidas preventivas.

En este sentido, y adelantando lo que se va a constatar a través de las resoluciones judiciales consideradas, se puede señalar que el primero de estos indicadores se refiere a la nacionalidad del progenitor (presunto secuestrador). La apreciación del riesgo exige considerar las consecuencias que, de producirse el traslado ilícito, podrían generar en cuanto al posible retorno de los menores. Este es el motivo de que nuestros Tribunales valoren la posibilidad de que este progenitor pudiera obtener la protección de la situación de secuestro en su país de origen. Para esta valoración se considera si dicho país tiene suscritos instrumentos internacionales sobre sustracción internacional. Ahora bien, teniendo en cuenta que el objeto de tales instrumentos es facilitar la restitución, la constatación de su existencia no se entiende como elemento único o determinante para la adopción de las medidas preventivas, y ello por la razón de la incidencia de otros elementos en la valoración del riesgo, como son, por una parte, la apreciación del arraigo que dicho progenitor tenga en España y, por otra, su conducta, en cuanto reflejo de un comportamiento del que permita derivar directamente una actitud que ponga en peligro al menor.

El conjunto de estos elementos o indicadores son objeto de consideración expresa como base de la solución de las resoluciones relativas al acuerdo de las medidas preventivas. Su valoración es determinante, tanto para apreciar el riesgo de la sustracción y, por lo tanto, el acuerdo de tales medidas, como, en sentido negativo, para no apreciarlo, justificando en consecuencia que no puedan ser adoptadas.

Entre las primeras se encuentra la Sentencia de la AP de San Sebastián de 19 de junio de 2018, en la que confirma la prohibición de salida del menor del territorio nacional adoptada en la resolución de instancia. La nacionalidad extranjera de la progenitora y su carencia de arraigo personal y patrimonial en España, a la vez que los fuertes vínculos con el país de su nacionalidad, son los elementos que llevan a la Sala a considerar que “no existen garantías” de que lleve a cabo el reintegro del menor una vez hayan salido del territorio nacional, lo cual le privaría menor de su derecho a relacionarse con su padre” (FJ.2)[25].

[25] Esta Sentencia (ECLI:ES:APSS:2018:1366) argumenta de forma clara y detallada cada uno de los indicadores de riesgo cuando indica que: “a.-) La argumentación de la Juzgadora para acordar la medida de prohibición de salida del territorio nacional se ha basado en una fundamentación razonable (el escaso arraigo de S. dentro del territorio nacional por un lado y, al mismo tiempo, vínculos de S.

Del mismo modo, estos elementos operan como indicadores del peligro de sustracción en la Sentencia de la AP Madrid de 11 noviembre de 2016. Esta resolución, poniendo expresa atención en la necesidad de la acreditación de la existencia de este peligro, acuerda la medida de prohibición de salida del territorio nacional de la hija menor sobre la base de la nacionalidad extranjera del progenitor (mexicana); la alta probabilidad de que se haya ausentado del país al carecer de empleo y de propiedades en el territorio nacional; su disponibilidad de fácil movilidad, tanto geográfica como laboral, y todo ello como muestra de su carencia de arraigo en territorio español[26].

---

muy fuertes con Rusia donde se hallan sus familiares y donde tiene una vivienda). Efectivamente se constata que la Sra. S.: -Es una ciudadana extrajera extracomunitaria constando que reside en territorio español desde septiembre del año 2012. Se trata de un período de tiempo que el propio legislador (artículo 22.1 CC) considera insuficiente para solicitar la adquisición por residencia de la nacionalidad española exigiendo 10 años de residencia legal y continuada en territorio español. -Carece de arraigo patrimonial. No consta que la Sra. S. tenga propiedades o desarrolle alguna actividad mercantil como empresaria en España -Carece de arraigo familiar en España dado que sus progenitores residen en Georgia resultando que el único vínculo afectivo que le unía a España era el Sr. Gerónimo, con el que finalizó su relación en el año 2014. -Quedó patente, por la firmeza y tono de sus manifestaciones en su interrogatorio, el fuerte vínculo que une a la Sra. S. con Rusia. b.-) La Sra. S. posee una formación superior, domina varios idiomas, está acostumbrada a viajar y a cambiar de residencia, tiene un piso en Moscú como reconoció en el interrogatorio. Así mismo trabaja en una Entidad que constituye una franquicia con más de 800 ubicaciones en cuatro continentes por lo que el abanico de implantación geográfica de la citada mercantil es muy grande lo que a su vez permitiría la Sra. S. continuar con su actividad profesional en la citada Agencia Inmobiliaria en la propia Federación Rusa. Tales circunstancias profesionales/laborables, unidas al no arraigo de la Sra. S. implican indicadores de riesgo (…)". Todo ello le permite concluir señalando que "(l)a medida adoptada de prohibición de salida del territorio nacional se ha adoptado primando el beneficio e interés del menor el cual, en la situación actual, va a poder seguir gozando de la presencia y cercanía de ambos progenitores, así como de la familia externa paterna con los indudables efectos beneficiosos que ello conlleva desde luego muy superiores a la separación geográfica respecto de uno de los padres (…). Por lo que la decisión de la Juzgadora en este punto tampoco merece reproche alguno por parte del Tribunal".

[26] Esta argumentación sobre los indicadores del peligro de la sustracción del menor se encuentran expresamente comprendidos en esta Sentencia (ECLI:ES:APM:2016:15146) cuando indica que "(…) procede, por razones de prudencia, y en aras al *bonum filii*, acordar la prohibición de salida del territorio nacional de C., hija común menor de edad de los litigantes, sin previo consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial también previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158.3º b) del Código Civil (…) en base a que existe posibilidad razonable y fundada de que se materialice el riesgo de sustracción de la niña, a la vista de la nacionalidad del progenitor, nacido en México Distrito Federal, la ausencia de arraigo de este en España, la tensión que preside la relación de ambos progenitores, con el consiguiente perjuicio para la estabilidad de la niña en todo orden, debiendo extremarse las precauciones para salvaguardar sus intereses, evitando el peligro apuntado por la madre, al existir dudas que aconsejan la cautela, no tanto por la condición de extranjero de D. B., sino, principalmente por, el total desconocimiento de sus circunstancias, siendo altamente probable que se haya ausentado del país, carecer de empleo y de propiedades en el territorio nacional, disponer de fácil movilidad, tanto geográfica como laboral, con lógica

La consideración de estos indicadores se muestra también en la Sentencia de la AP León de 20 de marzo de 2017, en la que desestima el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia recurrida en la que se había atribuido la custodia compartida de los progenitores con la prohibición de salida del menor del territorio nacional sin autorización judicial. Se sustenta en la constatación de la nacionalidad extranjera de la madre (chilena) y su ausencia de arraigo familiar y patrimonial en territorio español, al carecer de bienes, trabajo y domicilio propio (FJ 2)[27].

La Sentencia de la AP Zaragoza de 27 de febrero de 2018[28] se refiere a los "indicios de probabilidad o verosimilitud" y considera el conjunto de elementos respecto a los progenitores (ambos extranjeros) acordada por el juez de instancia, justificada "fundamentalmente por la falta de arraigo del padre en España (vive solo, alejado de sus hijos, sin trabajo y sin recursos conocidos), lo que es extensible a la madre por cuanto los otros dos hijos son mayores de edad (…)".

Junto a las anteriores, merecen ser destacadas un conjunto de resoluciones en las que la acreditación del riesgo de secuestro, además de venir basada en el conjunto de los indicadores señalados, realizan una consideración específica del elemento relativo a la conducta del progenitor, presunto secuestrador. Su análisis permite constatar que la conducta que entra a valorarse es la que, además de resultar de actos probados, afecte directamente al menor y permita reflejar el peligro de su secuestro. En este sentido se pronuncian diversas resoluciones. (1) La Sentencia de la AP Madrid de 10 de noviembre de 2020 considera como elemento de riesgo la conducta del padre, nacional extranjero, por cuanto había sustraído previamente al menor trasladándolo al país de su nacionalidad[29] (FJ.1). (2) El Auto de la AP de

repercusión en la noción de arraigo, por lo que el peligro de sustracción no queda descartado (…)" (FJ 4).

[27] Señala esta Sentencia (ECLI:ES:APLE:2017:286) que "(d)icha medida ha sido acordada en función de lo dispuesto en el art. 158.3 del C. Civil partiendo de que la madre de la menor tiene la nacionalidad chilena y no dispone en España de arraigo familiar, ni de ningún bien, y como se reconoce en el propio recurso, carece de trabajo y domicilio propio, y ponderando el intereses superior del menor a relacionarse con ambos progenitores, y con la familia paterna, en aras de dotar a la misma de la mayor estabilidad posible en el desenvolvimiento de su vida afectica y emocional (…), no se estima que objetivamente existan motivos que justifiquen dejar sin efecto la misma, tal y como se interesa en el recurso. En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, debe ser desestimado el recurso de apelación, confirmando íntegramente la sentencia recurrida".

[28] ECLI:ES:APZ:2018:491

[29] Indica esta Sentencia (ECLI:ES:APM:2020:13856) que "(e)l padre, conociendo la prohibición de salida del menor y que E. se encontraba bajo la guarda y custodia de la madre, decidió sustraer a su propio hijo y desplazarse con él al Estado del que es nacional a fin de buscar la cobertura de una jurisdicción y una normativa distintas que le pudiera ser más favorable a los fines de conseguir que les sea atribuida la custodia del hijo (…) Por ello, esta Sala (…) rechaza "su petición de que quede sin efecto la prohibición relativa a la salida del menor del territorio nacional contenida en el auto de este Juzgado de 20 de julio de 2012" (FJ 1).

Valencia de 21 de mayo de 2012, fundamenta la existencia de la amenaza de secuestro por el progenitor, tanto en su nacionalidad extranjera (de Siria) y su carencia de arraigo en territorio español, como en su conducta, acreditada por la madre, al probar que intentó obtener un duplicado del pasaporte del menor en la Embajada de su país en Madrid alegando su pérdida[30]. (3) La Sentencia de la AP de Murcia de 8 de febrero de 2006 considera, además de la nacionalidad libanesa del progenitor, su reconocimiento, realizado en el juicio en primera instancia, de que no se ocupa de la hija menor, así como las características de la personalidad que se desprenden del informe pericial practicado en la segunda instancia[31]. (4) La Sentencia de la AP de Madrid de 24 febrero de 2015, considera la conducta, en este caso de la madre, nacional extranjera, a través de las amenazas verbalizadas de secuestro del hijo, sus rasgos de personalidad, así como la ausencia de arraigo en España[32]. (5) La Sentencia de la AP de Tarragona de 4 de julio de 2014, considera la conducta del progenitor (nacional de Argelia), por cuanto fue condenado por delito

[30] Considera esta resolución (ECLI:ES:APV:2012:338A) como prueba de una situación de riesgo de sustracción la presentada por la madre "manifestando que el progenitor (nacional de Siria) el primer fin de semana que había estado con el menor Ahmed, le había hecho fotos y solicitado en la Embajada de Siria en Madrid un duplicado del pasaporte del niño, alegando que se había extraviado, lo que se había comunicado al Juzgado que había realizado las comunicaciones oportunas para impedirlo, alegando también la posible descapitalización del progenitor, la mala situación económica que había alegado durante el proceso de divorcio y que, si el menor salía del territorio nacional, no había forma de controlar que se desplazase a Siria, lo que haría imposible devolver al menor a España, dada la legislación de este país".

[31] La conducta del progenitor es objeto de expresa consideración en esta Sentencia (ECLI:ES:APMU:2006:615) cuando señala que "(l)o primero que hay que tener en cuenta es que el padre tiene reconocido durante el juicio en primera instancia que él no se ha ocupado de la menor ni puede hacerlo, porque tiene que atender su trabajo, por lo que la misma, de desplazarse al Líbano, estaría al cuidado de alguna de las dos mujeres que trabajan en su casa". Considera, además, las características personales del padre puestas de relieve por el informe pericial practicado en esta segunda instancia (individualista, frío, solitario, con serias dificultades para transmitir afectos)" (FJ 3). Añade como elemento esencial la consideración la situación social y política del Líbano, en una grave crisis no superada desde la guerra civil de los años noventa, sin una estructura social firme, dividido en clanes, y donde la comunidad a la que pertenece el padre (se puede deducir que la musulmana, por su religión islámica) desconoce derechos fundamentales a las mujeres, discriminadas jurídicamente en cuestiones tales como herencia, independencia personal o en el trabajo. Ello motiva que deberán adoptarse por el Juzgado, si se permiten en el futuro contactos no tutelados entre el padre y la hija, las medidas necesarias para evitar que pueda ser sacada de España sin autorización de la madre".

[32] Señala esta Sentencia (ECLI:ES:APM:2015:2264) que "existe posibilidad razonable y fundada de que se materialice el riesgo de sustracción del niño a la vista de la tensión que preside la relación de ambos progenitores, con el consiguiente perjuicio para la estabilidad del menor en todo orden, debiendo extremarse las precauciones para salvaguardar sus intereses, evitando el peligro apuntado, al existir dudas que aconsejan la cautela, no tanto por la condición de extranjera de la madre, sino principalmente, por carecer de propiedades en el país, disponer de fácil movilidad, tanto geográfica como laboral, con lógica repercusión en la noción de arraigo, amenazas verbalizadas por esta, y escalas en las que alcanza puntuación elevada: compulsividad, personalidad inestable, impulsividad y dificultades para controlar sus acciones en situaciones de estrés, de donde el riesgo no queda descartado" (FJ 6).

de amenazas, consistentes en llevarse la menor a su país y los intentos de obtener el pasaporte de su hija expedido por las autoridades argelinas, a pesar de la expresa prohibición de obtener la partida literal de nacimiento de la misma que había sido impuesta en la sentencia de instancia[33]. (6) El Auto de la AP de Zaragoza de 11 de junio de 2019[34] considera como indicio del peligro la conducta reiterativa de la progenitora, nacional brasileña, basada en dificultar cualquier contacto de la hija con su padre biológico, así como su ausencia de arraigo familiar y laboral en territorio español. Todo ello unido a "la existencia de diversos procedimientos judiciales interpuestos por ambas partes, incluida una querella por un presunto delito de acusación o denuncia falsa planteada contra la citada progenitora", motiva que concluya, de acuerdo con el juzgado de instancia, "estimando que las medidas adoptadas son conformes con los requisitos de necesidad y proporcionalidad que exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al amparo de lo establecido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que la legislación española recoge en el art.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del niño, no lesionando ni afectando a los intereses de la citada menor".

A las anteriores resoluciones se añaden aquellas otras en las que la valoración de los factores que operan como indicadores del riesgo lleva a constatar su inexistencia, motivo por el que descartan el acuerdo de las medidas preventivas. Entre ellas cabe destacar la Sentencia de la AP de Salamanca de 14 de febrero de 2018[35], por su referencia al elemento de la nacionalidad. Esta resolución, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el progenitor, confirma la sentencia de divorcio dictada por el juzgado de instancia, a excepción de determinados pronunciamientos entre los que se encuentra el relativo a la prohibición de salida de la menor del territorio español. La razón que indica es que "la restricción impuesta carece de todo fundamento legal, y huérfana de sustrato fáctico en el caso que nos ocupa (…). De principio, no estamos ante un progenitor (…) extranjero

[33] Todo ello unido a la inexistencia en Argelia de un régimen convencional relativo a la sustracción de menores, son los factores de riesgo que se encuentran esta Sentencia (ECLI:ES:APT:2014:796) cuando indica que "(p)or lo que se refiere a la derogación de las medidas adoptadas en orden a excluir el riesgo de sustracción de la menor, pese a los alegatos efectuados por la apelación relativos a la ignorancia de las consecuencias de la conformidad otorgada en el juicio penal, en que fue condenado por delito de amenazas, precisamente consistentes en llevarse la menor a su país, Argelia, la realidad de esa condena efectiva vincula a este Tribunal en orden a tener esos hechos como probados, sin poder considerarse unas alegaciones de escasa credibilidad a la vista de las garantías de defensa que ampara al acusado en el ámbito penal, lo que además resulta corroborado por los intentos de obtener el pasaporte de su hija expedido por las autoridades argelinas a pesar de la expresa prohibición de obtener la partida literal de nacimiento de la misma impuesta en la sentencia de instancia, todo lo que refuerza los indicios de un riesgo de sustracción de la menor y traslado de la misma a un país que no ha ratificado los tratados internacionales relativos a evitar la sustracción de menores (…)" (FJ.3).
[34] ECLI:ES:APZ:2019:1134A
[35] ECLI:ES:APSA:2018:78

extracomunitario, pues tiene concedida la nacionalidad española desde hace años", motivo por cual considera que "(n)ingún ilícito puede adivinarse en el hecho de que (…) se vaya en su día con su hija a su tierra de origen para que esta conozca a sus abuelos u otros familiares, que también tienen derechos (…) si todo ello se lleva a cabo en los periodos de derechos de visitas y vacacionales, dado que el padre y la madre son españoles, el riesgo de sustracción de la menor al país natal del padre no se vislumbra (…), por lo que la prohibición judicial de la salida de la menor sin el consentimiento de ambos progenitores no se sustenta en hechos ciertos objetivos y justificadores de la misma" (FJ 3).

Del mismo modo, es merecedora de especial atención la Sentencia de la AP de Barcelona de 11 de junio de 2014[36], al mostrar que la inexistencia de un régimen convencional sobre sustracción de menores en el país de la nacionalidad del progenitor (presunto secuestrador) no es un elemento que opere de forma automática como indicador del riesgo. Ha de ser considerado de forma conjunta con todos los demás. Se trata de la razón por la que, en el caso concreto, no constata que exista una situación de peligro por el hecho de que el menor pudiera viajar a Túnez, país de nacionalidad del padre, durante los períodos vacacionales, "dado que prevalece el derecho del menor a fortalecer los vínculos con la familia del progenitor". En este sentido indica que "las precauciones respecto a una eventual retención ilícita o secuestro del menor han de estar fundamentadas en indicadores razonables del riesgo", motivo por el que considera "mediante la valoración de todos los elementos del caso, que no son razonables las precauciones que se adoptan en la sentencia de la primera instancia relativas a la restricción de la circulación del menor en tanto que le prohibían las salidas al extranjero. Y ello, aunque Túnez no se había adherido en la fecha de la sentencia al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (…). El juez competente debe valorar todos los elementos de la situación del menor de una manera razonada y ponderada, a fin de acordar en su caso una restricción a la circulación internacional de un menor de un modo que sintonice con el interés superior de éste"(FJ 3).

Precisamente, esta apreciación conjunta de los indicadores de riesgo ha motivado que, por el contrario, las medidas preventivas hayan sido acordadas incluso cuando el país de origen del progenitor es parte de estos acuerdos internacionales sobre sustracción de menores. Es el caso del Auto de la AP de las Islas Baleares de 25 de febrero de 2019[37], que desestima el recurso de apelación contra la resolución de instancia donde se prohibía a la menor la salida del territorio nacional al advertir la situación de riesgo de sustracción por su madre, nacional mejicana. Del mismo modo, y más explícita, es la Sentencia de la AP de Murcia de 26 de septiembre de

[36] ECLI:ES:APB:2014:8818
[37] ECLI:ES:APIB:2019:71A

2013[38]. El conjunto de los indicios del riesgo, a los que expresamente se refiere, motiva que mantenga la medida cautelar de prohibición de salida del hijo menor de edad. Es relevante considerar que, en el caso concreto, el progenitor marroquí había adquirido la nacionalidad española, y que, a pesar de ello, señala que "ese dato por sí sólo no es suficiente (…) pues no implica la pérdida de la marroquí, y lo relevante es la situación de riesgo de sustracción del menor, para lo que se han de tener en cuenta otros datos". Estos otros factores, que como indica son los "definitivos" para sustentar la decisión, exigen apreciar "el grado de cumplimiento de los deberes parentales entre padre e hijo, y en este sentido entiende que resulta relevante el impago de alimentos del padre, o los incumplimientos del régimen de visitas por el mismo, que han dado lugar a condenas penales. Queda así de manifiesto la desconfianza que genera el comportamiento del padre a la hora de defender los intereses preferentes de su hijo menor". Además de la conducta del progenitor, es también relevante destacar de esta Sentencia su expresa referencia a la existencia en Marruecos de un régimen convencional relativo a la sustracción de menores[39], ya que, a pesar de reconocer que tal régimen implica "que el riesgo para el menor de verse privado de su actual situación pueda, en principio, verse cubierto por dicho marco legal", termina señalando que "no obstante, deben examinarse las circunstancias concretas de cada caso, y en el presente, dada la gran conflictividad entre los progenitores, la falta de arraigo suficiente en el padre y el reiterado incumplimiento del mismo de sus obligaciones respecto al hijo, entiende la Sala que el superior interés del menor obliga a adoptar medidas específicas de protección, entre ellas la de no suprimir la cautela que ahora se trata de dejar sin efecto" (FJ 2).

IV. Especial consideración del acuerdo de medidas provisionales en los procesos matrimoniales

Consideración específica merece el caso en el que la apreciación del riesgo de la sustracción internacional de menores en los procesos matrimoniales lleve a acordar medidas provisionales (art. 103 CC y 771-773 LEC).

La necesaria actuación expeditiva que requiere la protección del menor en peligro de secuestro motiva la necesidad de un acuerdo rápido e inmediato de estas medidas, así como la posibilidad de que se soliciten, incluso con carácter previo a la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, por el cónyuge que

[38] ECLI:ES:APMU:2013:2272

[39] Régimen que detalla al señalar que "(e)s cierto que Marruecos, desde el 9 de marzo de 2010 se ha adherido al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1981 acerca de los aspectos civiles sobre sustracción internacional de menores, y que incluso existe un convenio entre ambos reinos (Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997)".

se proponga presentarla (art. 104 CC). En este caso, el Tribunal dicta una resolución contra la que no cabe recurso, como establece el art. 771 LEC que regula el procedimiento[40]. Ahora bien, estas medidas (provisionalísimas) sólo subsisten si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda, a la que, una vez admitida, se unen las actuaciones sobre la adopción de aquellas medidas. Sólo en el caso en el que el Tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas, ordenará que se convoque a las partes a una comparecencia, sin que quepa recurso contra el auto que dicte (art. 772 LEC).

Por otra parte, de no haber sido adoptadas estas medidas con anterioridad a la demanda, pueden ser solicitadas por el cónyuge demandante para que se acuerden en el momento de su admisión. En este caso, tras la comparecencia de los cónyuges y, en su caso, del Ministerio Fiscal, convocada por el Letrado de la Administración de Justicia, el Tribunal resuelve lo que proceda, sin que quepa recurso alguno contra dicha resolución (art. 773.3 LEC). También puede solicitarlas el cónyuge demandado en la contestación a la demanda y se sustancia en la vista principal cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el Tribunal por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la vista. Si la vista no pudiera señalarse en el plazo indicado, el Letrado de la Administración de Justicia ha de convocar la comparecencia a la que se refiere el anterior apartado (art. 773.4 LEC).

[40] Este precepto, de acuerdo con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, núm. 132, de 3 junio 2021), establece en cuanto al procedimiento: "(…) 2. A la vista de la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia citará a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se intentará un acuerdo de las partes, que señalará el Letrado de la Administración de Justicia y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador. De esta resolución dará cuenta en el mismo día al Tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno. 3. En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiere acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar o si dicho acuerdo, oído, en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuera aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el Letrado de la Administración de Justicia señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes. La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial. 4. Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el Tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno".

En todo caso, estas medidas provisionales subsisten hasta que son sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia de nulidad separación o divorcio, o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 LEC). En esta sentencia el Tribunal tiene que resolver sobre las mismas, determinando las que han de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, y estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna (art. 774 LEC). Contra esta sentencia caben los recursos pertinentes conforme a la ley, si bien no suspenden la eficacia de las medidas que recoge y, si la impugnación afecta sólo a los pronunciamientos sobre las mismas, se declara la firmeza del relativo a la nulidad, separación o divorcio (art. 774. 5 LEC). Además, cabe también la posibilidad de solicitar la modificación de las medidas definitivas que sean acordadas en la sentencia (art. 775 LEC).

Sobre la base de lo anterior, se sustenta la especial referencia que merece el acuerdo de estas medidas provisionales como medidas preventivas ante el peligro de la sustracción de menores. El carácter no recurrible del auto que las acuerda, junto al período temporal que transcurre, y por tanto durante el que subsisten, desde que se dicta esta resolución, hasta la sentencia de nulidad, separación o divorcio, motiva la trascendencia que presenta en este caso la posibilidad de acudir a la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido es esencial considerar que el auto que acuerda estas medidas provisionales, con independencia del carácter de urgencia que lo sustenta, tiene que acreditar el riesgo de la sustracción, por ser el fundamento que basa la adopción de las medidas preventivas. Por lo tanto, es preciso constatar si esta resolución considera los elementos que operan como indicios de este peligro. En caso negativo, sea por la ausencia de justificación alguna o porque la argumentación no viniera articulada sobre estos elementos acreditativos del riesgo, queda afectado el fundamento que sustenta el acuerdo de estas medidas en virtud del art. 103.1 CC, permitiendo acudir a la vía de amparo sobre la base de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho[41]. La vulneración de este

[41] Como indica el TC en la Sentencia 64/2010 de 18 de octubre, "(…) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente

derecho, como base para la solicitud al Tribunal Constitucional del control externo de la resolución judicial[42], se añade en este caso al hecho de que tal resolución afecta a un menor y limita su libertad de circulación, motivo de la necesaria consideración del principio del interés superior del menor del art. 39 CE. Como indica la Sentencia del TC 2016/16 de 1 de febrero (FJ 7), el control de este Tribunal se extiende a comprobar que la motivación incluye de forma expresa un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor, motivo por el cual la fundamentación debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio (STC 176/2008, de 22 de diciembre[43], STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5[44]), o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6).

irrazonable, incursa en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; y 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas)" (FJ 3).

[42] Como recuerda la Sentencia del TC 138/2014 de 7 de octubre, "son los órganos judiciales los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria, si bien también hemos advertido que sus decisiones pueden ser objeto de revisión en vía de amparo si resultan inmotivadas o manifiestamente irrazonables o arbitrarias, pues, en tal caso, vulnerarían el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4). Aclara en muchas otras Sentencias (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 120/1990, de 28 de junio, FJ 2; 220/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2; 57/2002 de 11 de marzo, FJ 2; 125/2002 de 20 de mayo, FJ 2; 137/2002, de 3 de junio, FJ 8; 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4 y 119/2003, de 16 de junio, FJ 2) (SSTC 159/2004, de 4 de octubre, FJ 9, y 129/2005, de 23 de mayo, FJ 9) que a la jurisdicción constitucional corresponde únicamente, a los efectos que ahora interesan, controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato factico que de ella resulte, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia revisora de las actuaciones propias de la competencia especifica de los órganos judiciales, lo que impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por los Jueces o Tribunales que integran el Poder Judicial, salvo en caso de arbitrariedad o irracionabilidad manifiesta" (FJ 2).

[43] Esta Sentencia afirma que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial "a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada" (FJ 6).

[44] La Sentencia del TC 138/2014 establece que "(l)a citada fundamentación de los órganos judiciales, examinada desde el canon de razonabilidad..., reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del art. 39 CE..., debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir sobre la extensión del derecho de comunicación y visita de los abuelos con los nietos" (FJ 5).

V. Conclusiones

El presente trabajo se centra en las medidas preventivas que nuestra legislación civil permite acordar para evitar la sustracción de menores, en particular, cuando tiene carácter internacional. De acuerdo con los arts. 103.1 y 158.3 CC donde se comprenden, su adopción está vinculada a la constatación de la existencia de un riesgo de sustracción del menor. A pesar de que este riesgo opera como fundamento para acordar tales medidas, estos preceptos no precisan los elementos sobre los que se puede sustentar su apreciación. Esta ausencia de precisión justifica el objeto del análisis abordado en este trabajo, a la vez que es exponente de su transcendencia en atención a la finalidad perseguida que es, precisamente, la delimitación los elementos que operan como indicios para la acreditación de la existencia de este peligro. De acuerdo con el objeto señalado, las conclusiones que se derivan del presente análisis son las siguientes:

Primera.- Como se ha constatado, tanto al delimitar los rasgos que están implícitos en la figura conceptual de la sustracción internacional de menores, como en el análisis realizado de las resoluciones de nuestra jurisprudencia, el riesgo que conlleva la sustracción y, por lo tanto, el que se considera para la adopción de las medidas preventivas, exige que quede acreditado. Un peligro genérico o potencial no justifica su adopción automática.

Estas medidas preventivas tienen el objeto de proteger el interés del menor, de ahí que prevalezca su adopción frente a la limitación de su libertad de circulación que de las mismas resulta. Ahora bien, como no se trata de restringir más derechos de los que amparan, el fundamento para acordar estas medidas se basa en la existencia de riesgo de sustracción, motivo que exige su consideración sobre la base de los elementos que permiten su acreditación. Aunque esta acreditación del peligro no se identifique con su absoluta certeza, la constatación de estos elementos permite apreciar los indicios de probabilidad o verosimilitud necesarios para que las medidas preventivas no sean adoptadas ante una mera sospecha.

Segunda.- La delimitación de los elementos que operan como indicadores del riesgo de sustracción permite señalar, de acuerdo con el análisis jurisprudencial en el que se basa, que todos ellos han de valorarse en el caso concreto y de forma conjunta ya que ninguno, por sí sólo, permite sustentar de forma automática el riesgo que fundamenta la adopción de las medidas preventivas. A efectos de sistematizar el conjunto de los indicadores de riesgo considerados en las resoluciones de nuestros Tribunales se puede distinguir entre los que vienen referidos al efecto perjudicial de mayor gravedad: la posibilidad de retorno del menor, de aquellos otros referidos a la valoración de la posibilidad de que la sustracción pudiera llegar a producirse.

Tercera.- El primer elemento que permite sustentar el riesgo de la sustracción del menor pasa por la valoración de los efectos perjudiciales que conllevaría en el caso concreto, en particular, del que presenta mayor gravedad que se identifica con su posible restitución. En este sentido es imprescindible valorar la posibilidad de que el progenitor (presunto secuestrador) pudiera encontrar la protección judicial en el país al que se trasladara con el menor que impidiera su retorno.

Para la valoración de este primer elemento existen dos indicadores. El primero es la consideración del país del que es nacional este progenitor, donde buscaría y podría, en su caso, encontrar la protección ante la situación de la sustracción. El segundo, si dicho país es parte de instrumentos internacionales que regulan la sustracción de menores. Ahora bien, si tales instrumentos facilitan el retorno del menor, también es cierto que se aplican una vez que se ha producido la sustracción, frente a las medidas preventivas que operan con carácter previo con la finalidad de evitarla. Esta es la razón por la que la constatación de la existencia de estos instrumentos no implica una solución automática y determinante para acordar (o no) las medidas preventivas. Es, por ello, necesaria la consideración del conjunto de indicadores que permiten valorar y, en su caso, acreditar el riesgo.

Cuarta.- El segundo elemento que permite acreditar el riesgo de la sustracción comprende el conjunto de factores que muestran el peligro de que este secuestro pudiera llegar a materializarse. Para esta acreditación las resoluciones de nuestros Tribunales ofrecen dos indicadores. El primero está basado en la conducta del progenitor (presunto secuestrador). Ahora bien, la relación causa-efecto entre estos factores y el riesgo de la sustracción exige que la conducta que se somete a valoración venga referida específicamente a las concretas actuaciones de las que, por incidir en el hijo/a menor, pueda derivarse su intención (presunta) de proceder a su sustracción. El segundo indicador se refiere al arraigo que tenga en España este progenitor. La consideración de su arraigo, personal y laboral, permite graduar el peligro (mayor o menor) de que la sustracción del menor llegara a producirse.

Quinta.- La existencia del riesgo de la sustracción, fundamento para la adopción de las medidas preventivas, determina la esencial transcendencia de los elementos que permiten acreditar su existencia. En consecuencia, se trata de factores que han de ser considerados como base de la solución que adopte la resolución judicial sobre la procedencia del acuerdo de tales medidas, ya sean provisionales o cautelares. En tanto constituyen los argumentos que basan esta solución, también el recurso que pudiera plantearse contra la resolución ha de venir motivado sobre la apreciación de tales elementos. En el caso de las medidas provisionales, al no ser recurrible el auto que las acuerda, la ausencia de consideración de estos factores como base para su adopción, implica paralelamente la ausencia de fundamentación de esta resolución que abre la vía de amparo.

Sexta.- La última conclusión se presenta como corolario del presente trabajo, ya que viniendo motivado por la ausencia de concreción en los arts. 103.1 y 158.3 CC de los elementos que permiten acreditar la existencia del riesgo de la sustracción, la trascendencia que presentan motiva que este análisis finalice señalando la necesidad de su expresa consideración en estos preceptos. La protección del menor a la que responden las medidas preventivas que en ellos se comprenden y la limitación de la libre circulación que implican las permitidas para el caso del riesgo de sustracción, exige que los factores sobre los que se base la acreditación de este peligro deban ser objeto de concreción en los mismos preceptos que las introducen. Esta expresa concreción operaría, además, a favor de la seguridad jurídica. Es cierto que la acreditación del riesgo de sustracción exige la valoración conjunta de estos elementos y su consideración en el caso concreto, lo que motiva el necesario margen de apreciación de estos indicios que se constata en el análisis jurisprudencial. No obstante, también es verdad que la concreción de tales elementos en los preceptos señalados, además de permitir estrechar este margen, habría de incidir favorablemente para evitar que se dicten resoluciones judiciales sin acreditar la existencia del riesgo, o basadas en factores que no son los que permiten su acreditación.

Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ S. “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley. Unión Europea*, núm.33, 2016, pp. 1-10.

AZCÁRRAGA MONZONÍS C. “Mediación en Conflictos Internacionales: Aportaciones desde la Práctica Convencional de La Haya”, en GRASA HERNÁNDEZ R., BLANC ALTEMIR A., DIAGO DIAGO M.P. (Dirs.), MARTINEZ CAPDEVILA, C. (Coord.), *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo),* AEPDIRI, Ministerio de Asuntos exteriores y Cooperación, Oficina de información diplomática, Madrid, 2015, pp. 251-260.

AZCÁRRAGA MONZONÍS C., QUINZÁ REDONDO P. “Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio”, *CDT*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 795-801.

CALVO CARAVACA A.L., CARRASCOSA J. “Sustracción internacional de menores: Una visión general” en GAMARRA CHOPO Y. (Coord.) “*El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios”*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155.

CARRILLO LERMA C. "Mediación Familiar Internacional y Sustracción Internacional de menores", *Barataria,* núm. 19, 2015, pp. 185-196.

CARRIZO AGUADO D. "Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003", *CDT*, vol. 12, núm. 2, pp. 267-282.

CHÉLIZ INGLÉS M. C. *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DIAGO DIAGO M. P. "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español", *Aequalitas*, núm. 6, 2001, pp. 6-13.

Id., "Secuestro internacional de menores: Marco jurídico", *Aequalitas*, núm. 7, 2001, pp. 21-23.

Id., "El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar", *REEI*, núm. 30, 2015, pp. 1-29.

ESPINOSA CALABUIG R. "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias", *REDI*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 347-357.

FORCADA MIRANDA F.J. *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid, Sepin, 2015.

Id. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015", *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 3, 2016, pp. 1-15.

Id. "Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español", *REDI*, vol. 68, núm. 2, 2016; pp. 337-346.

GONZÁLEZ BEILFUSS C. "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., ARENAS GARCÍA R., DE MIGUEL ASENSIO P. A., SÁNCHEZ LORENZO S., STAMPA CASAS G. (Eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 383-398.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ A. "Mediación y Secuestro Internacional de Menores: Ventajas e inconvenientes", *CDT,* vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 130-146.

HERRANZ BALLESTEROS M. "Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre", *CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 642-651.

JIMÉNEZ BLANCO P. "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *REEI*, núm. 35, 2018, pp. 1-49.

JIMÉNEZ FORTEA F. J. "La tutela civil en España en los casos de sustracción de menores interparental", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 20, 2015, pp. 168-191.

LAPIEDRA ALCAMÍ R. "La sustracción internacional de menores en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980" en LLORIA GARCÍA P., BOIX REIG F. J., IGLESIAS BUHIGUES J.L. (Coords), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, pp. 189-218.

LÁZARO GONZÁLEZ I. "La eficacia extraterritorial privilegiada de las resoluciones sobre el derecho de visita y su repercusión en el tratamiento de la sustracción internacional de los menores en el Reglamento 2201/2003", en CANEDO ARRILLAGA, M.P. *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, 2006, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 235-254.

LORENTE MARTÍNEZ I. *Sustracción internacional de menores: Estudio jurisprudencial práctico y crítico*, Dykinson, 2019.

MARTÍN HUERTAS Mª. A. "El Convenio de La Haya de 1980. Las medidas preventivas establecidas por el legislador español en la sustracción internacional de menores", en MONGE FERNÁNDEZ A. (Dir.), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 95-127.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P. "Mediación y Sustracción Internacional de Menores", en ALDECOA LUZÁRRAGA F., FORNER DELAYGUA J.J. (Dirs.), GONZÁLEZ BOU E., GONZÁLEZ VIADA N. (Coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 367-384.

ORTIZ VIDAL, Mª.D. "Sustracción internacional de menores y derecho al respeto a la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del menor" en PÉREZ DE NANCLARES J.M. (Dir.), GONZÁLEZ HERRERA D. (Coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 139-150.

REIG FABADO I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs* violencia familiar o doméstica", *CDT*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 610-619.

REQUEJO ISIDRO M. "Mediación, secuestro internacional de menores y violencia de género", en CASTILLEJO MANZANARES R. (Dir.), Violencia de género, justicia restaurativa y mediación, 2011, pp. 679-681.

RODRÍGUEZ PINEAU E., "Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar", en QUICIOS MOLINA M.S / ÁLVAREZ MEDINA S. (Dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 233-254.

RUIZ SUTIL C. "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista", en GARCÍA GARNICA Mª. C., MARCHAL ESCALONA N. (Dirs.), QUESADA PÁEZ A. y MORENO CORDERO G. (Coords.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 581-605.