



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Sustracción Internacional de Menores

Presentado por:

Marta Pescador Rafael

Tutelado por:

Diana Gluhaia

Valladolid, 16 de Julio de 2019

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	Pág.4
RESUMEN	Pág.5
INTRODUCCIÓN	Pág.6
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN	Pág.8
1.1 Estado de la cuestión	Pág.8
1.2 Elementos diferenciadores	Pág.10
2. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980	Pág.11
2.1 Ámbito de aplicación y reglas de funcionamiento	Pág.11
2.2 Competencia judicial internacional según el artículo 16	Pág.16
2.3 Análisis jurisprudencial	Pág.18
3. REGLAMENTO 2201/2003	Pág.22
4. BRUSELAS II; MECANISMOS	Pág.25
4.1 Acción directa de restitución	Pág.29
4.2 Litigación por custodia y obtención de una orden de restitución en el Estado miembro	Pág.32
4.3 Foro de la residencia del menor	Pág.32
4.4 Foro de la autonomía de la voluntad	Pág.34
4.5 Debate en torno a la competencia	Pág.35
4.6 Eficacia de las resoluciones basadas en el Reglamento	Pág.35
5. LEY APLICABLE AL INTERES DEL MENOR	Pág.40
6. NUEVO REGLAMENTO UE 2019/1111 DEL CONSEJO, DE 25 DE JUNIO DE 2019	Pág.42
6.1 Desarrollo y ámbito de aplicación	Pág.42
6.2 ¿Por qué era necesaria una reforma?	Pág.43
7. JURISPRUDENCIA SOBRE SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES	Pág.45
7.1 STS 652/2017 Audiencia Provincial de Barcelona	Pág.45

7.2 Caso Juana Rivas_____Pág.45

7.3 Caso Leticia Morancho_____Pág.48

CONCLUSIONES_____Pág.49

BIBLIOGRAFÍA_____Pág.53

FUENTES NORMATIVAS_____Pág.55

JURISPRUDENCIA_____Pág.57

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

CC	CÓDIGO CIVIL
CE	CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
CH	CONVENIO DE LA HAYA
CSIM	CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS EFECTOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES
EM	ESTADO MIEMBRO
EEMM	ESTADOS MIEMBROS
LEC	LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL
RBII	REGLAMENTO BRUSELAS II
STC	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
STJUE	SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO
TJUE	TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

RESUMEN

En la sustracción internacional de menores hay que valorar diversos aspectos, como la multiplicidad de legislaciones, interés del menor, tribunal competente... Para ello, existen numerosos instrumentos de naturaleza internacional que permiten a los Estados dirimir los conflictos que surgen, dado el aumento creciente de las relaciones internacionales, movilidad geográfica de los progenitores... El establecimiento de criterios y procesos homogéneos, unido a una mayor dotación de medios permitirá que los casos sean tratados de una forma más ágil y rápida, y a su vez, intentar que el menor sufra el menor menoscabo posible en este tipo de situaciones. La labor de cooperación y colaboración interestatal se configura como uno de los pilares fundamentales a la hora de la consecución de objetivos, al igual que la definición de conceptos precisos y más equitativos en torno a la materia a tratar.

ABSTRACT

In international child abduction, several aspects must be assessed, such as the multiplicity of legislation, the child's interest, the competent court ... For this purpose, there are numerous instruments of an international nature that allow States to resolve the conflicts that arise, given the growing international relations, geographical mobility of the parents ... The establishment of homogeneous criteria and processes, together with a greater provision of resources, will allow cases to be dealt with in a more agile and rapid manner and, at the same time, the minor suffer the least possible impairment in this type of situations. The work of interstate cooperation and collaboration is one of the fundamental pillars when it comes to achieving objectives, as well as the definition of precise and more equitable concepts around the subject to be treated.

PALABRAS CLAVE

Sustracción internacional de menores, interés superior del menor, competencia del tribunal y residencia habitual del menor.

International child abduction, best interests of the minor, jurisdiction of the court and habitual residence of the minor.

INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores ha supuesto en las últimas décadas un problema de naturaleza global, por lo que es necesario reforzar el nivel legislativo, reduciendo el riesgo existente y a la vez, se dote de mecanismos ágiles y concisos de restitución del menor, para los supuestos en que falle la prevención.

El análisis de la competencia de los Tribunales en esta materia es el objeto principal de este trabajo, analizando para ello, casos de jurisprudencia a nivel europeo. La determinación de la norma a aplicar en cada caso es fundamental, pues de ello dependerá una solución u otra a la controversia. No hay que olvidar que el interés del menor ha de ser el objetivo principal a conseguir en todo el proceso.

Para aquellos conflictos en los que la competencia no quede clara o los progenitores entiendan vulnerados sus derechos, serán los Tribunales quienes determinen la misma. Así, elementos como la nacionalidad, residencia... se tienen en cuenta de cara a determinar la competencia de uno u otro tribunal.

Debido al aumento continuo de migración y progenitores de distintos países es imprescindible que los Estados se centren en la homogeneización de la legislación. Si bien esto no es fácilmente alcanzable, ya que existen importantes diferencias a nivel cultural o social, a la hora de establecer los criterios para legislar la sustracción internacional de menores.

En la actualidad, aumentan los casos donde es necesaria la cooperación y colaboración de más de un Estado, siempre para garantizar el bienestar del menor. Así, existen numerosos conflictos en materia de sustracción, por motivos de custodia, reubicación, etc.

Para poder actuar ante los mismos resulta imprescindible saber qué medida de protección es la adecuada para la resolución favorable de estas situaciones. Elementos como el derecho aplicable o el medio de obtención de pruebas entre los diferentes Estados implicados resultan de especial relevancia.

De otro lado, no hay que olvidar la necesidad en la práctica de evitar que se emitan dos pronunciamientos distintos acerca del mismo caso en lugares diferentes, de darse esta situación, la solución sería aún más difícil de determinar.

Existen además, a nivel internacional, algunas limitaciones que suponen un obstáculo a la hora de la ejecución efectiva de la protección del menor, como puedan ser de índole procesal por falta de competencia del Tribunal o imposibilidad para ejecutar una sentencia; falta de colaboración entre Estados, debido a escasos recursos, distintos intereses...; falta de información de las partes interesadas a la hora de aplicar un Convenio u otro.

Así, es de destacar la modificación sufrida en esta materia con la entrada en vigor del Reglamento (CE) 2201/03, que ha derogado algunos aspectos del Convenio de la Haya de 1980. Y más recientemente el Nuevo Reglamento de la UE 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019.

El presente trabajo tiene un enfoque teórico y práctico sobre la sustracción internacional de menores, a través del análisis de la doctrina jurídica existente y de la jurisprudencia sobre el tema.

Como objetivo principal del trabajo es profundizar en la sustracción internacional de menores, hacer una reflexión de lo complicado que es el tema por ser una de las partes implicadas un menor, y por la mala gestión e imprudencia de los adultos que lo provocan.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Con el fin de contextualizar este trabajo, en primer lugar realizaremos un resumen de los rasgos elementales de la sustracción internacional de menores. Debido a su complejidad, dado que intervienen múltiples factores, como a nivel comunitario, internacional, proceso penal o civil, la determinación de la competencia y ley aplicable, etc. Vamos a centrarnos en criterios del orden civil.

1.1. Definición

Podemos identificar dos corrientes a la hora de establecer un concepto de sustracción internacional de menores. La primera atiende a criterios de naturaleza sociológica y entiende ésta como aquella *“conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor, privándole del contacto con el otro progenitor, como expresión de un conflicto interno, que se resuelve utilizando al menor como un instrumento de chantaje emocional contra el otro progenitor”*.¹

Esta postura resulta de especial trascendencia, ya que, en demasiadas ocasiones supone el *modus operandi* del progenitor que secuestra al menor. Los motivos internos de cada sustracción son concretos y atienden a diversos intereses.²

La otra postura es puramente jurídica, donde se analizan los casos en que ha de considerarse retención ilícita y las consecuencias de las mismas. Atendiendo al Ministerio de Justicia se entiende por sustracción internacional de menores *“cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercitarlo”*.³

1 DE LA ROSA CORTINA, J. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Tirant lo Blanch, 2010. P.15.

2 FERNÁNDEZ ROZAS, J. Derecho Internacional Privado. Thomson Reuters. 2013. P.388. En esta obra el auto expone situaciones que trascienden de la esfera meramente jurídica, analizando el porqué de las mismas.

3 Definición disponible en : <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/ca/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional>.

Este concepto deriva de lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.⁴ Los Estados partes lo toman como referencia, aunque no existe una interpretación universal en este sentido.

De este modo, los Tribunales se encuentran ante diversas confusiones sobre la ilicitud de los hechos, dado que falta una verdadera concreción acerca de quién posee la titularidad y el ejercicio del derecho de custodia, que finalmente es el que delimita si existe o no sustracción ilícita.

En los casos de sustracción dentro de las fronteras de un Estado, los Tribunales gozan de mayores recursos para dar una más rápida respuesta a la situación que en los casos de sustracción internacional.

Podemos hacer alusión al concepto de *kidnapping* o secuestro legal de menores, que se produce en una serie de casos:

- “*Legal kidnapping*”⁵; progenitor habiéndose divorciado tiene derecho de visita, y aprovechando el ejercicio de ese derecho, en un periodo de tiempo del mismo sustrae al menor y lo traslada a otro país, ante cuyas autoridades intenta obtener el derecho para legalizar el secuestro.
- Ambos progenitores comparten custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país impidiendo al otro ejercer su derecho de custodia.
- El progenitor que tiene la guarda del menor traslada a este desde el país de residencia a otro, evitando que el otro progenitor pueda visitarlo.

Entendemos como menor o niño “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”,⁶

⁴ Artículo 3: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, a una persona o institución...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.

El derecho de custodia mencionado puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

⁵ Secuestro internacional de menores. ALVAREZ GONZALEZ, S. Poder Judicial. 1986, No 4, p. 9.

⁶ Artículo 1, Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de Noviembre de 1989.

1.2. Elementos diferenciadores

Para que se dé una sustracción internacional de menores tienen que darse diversos elementos, entre los que destacan:

- Territorialidad: Es necesaria la existencia de un elemento extranjero para que puedan ponerse en marcha los mecanismos jurídicos de naturaleza europea e internacional.
- Temporalidad: La determinación del momento exacto es crucial a la hora del desenlace de un secuestro. Las limitaciones en éste pueden suponer un verdadero condicionamiento para las resoluciones de tribunales.
- Material: La sustracción de menores supone en sí misma la vulneración del derecho de custodia. Atendiendo a lo previsto en el Convenio de la Haya, este derecho ha de atribuirse por el órgano judicial competente del “lugar de residencia del menor”. Así, podemos afirmar que este criterio es el que suscita una mayor controversia y complejidad.

Este derecho de custodia supone una gran dificultad, en lo que respecta a su interpretación, ya que vinculados al mismo se encuentran otros criterios, debido a las diferencias existentes entre Estados.⁷ Aspectos como la determinación de la responsabilidad parental o la patria potestad, el establecimiento del régimen de visitas o la misma comunicación entre progenitores y menor suponen diversas interpretaciones, atendiendo al sistema legal en el que nos encontremos.

7 OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Interpretación del concepto de derecho de custodia. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdf>Conclusiones

2. CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

2.1 Ámbito de aplicación y reglas de funcionamiento

Este instrumento internacional fue ratificado por España el 28 de mayo de 1987. Será de aplicación cuando intervengan naciones que con anterioridad hayan confirmado su adhesión al mismo.

Actualmente, forman parte del mismo más de 90 Estados de toda naturaleza cultural y política, en el año 2018, ya formaban parte 98 Estados.⁸ Actualmente forman parte 101 Estados. La aplicación del mismo puede hacerse de forma conjunta o complementaria a las demás normas que rigen en la materia. Lo previsto por el mismo será de obligada observancia para poder establecer si existe o no “retención o traslado ilícito”.⁹

¿Qué pasa si el menor tiene su RH en un Estado parte en el Convenio, pero ha sido trasladado a un tercer país No parte, ¿Este Convenio es aplicable? ¿Se aplica el Convenio si el destino del menor es un Estado parte, pero el menor tiene su RH en un Estado no parte?

En una primera instancia, según el art. 35 del Convenio, este solo se aplicará a los Estados contratantes en los casos de traslados o retenciones ilícitos ocurridos después de su entrada en vigor entre esos Estados¹⁰. Es decir, en caso de controversias con Estados terceros, este convenio no sería de aplicación.

El Convenio no recoge una determinación clara de lo que concierne al derecho de custodia, sino que simplemente establece unos mínimos para lograr los objetivos definidos por el mismo.¹¹

8 Actualización disponible en : <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24#nonmem>

9 Artículo 3 Convenio de la Haya de 1980.

¹⁰ Art. 35 Convenio de la Haya de 1980.

11 Artículo 5: A los efectos del presente Convenio: a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.

El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

A modo de ejemplo, en España existen diferencias internas en lo que respecta a la determinación del derecho de custodia, ya que Cataluña posee un régimen propio en su Código Civil, donde se recogen los aspectos de responsabilidad parental y el ejercicio de los derechos.¹² No es de extrañar, por tanto, que el propio Convenio no realice una definición cerrada de este derecho, debido a las diferencias existentes.

El objetivo primordial del Convenio de 1980 consiste en la restitución lo más rápido posible del menor al Estado donde tenía su residencia habitual. No obstante, existen excepciones a este principio, que habrán de estar perfectamente tasadas y justificadas.

Así, el Convenio las recoge de forma individual y que tras el proceso de prueba por el tribunal, supondrían una excepción a la regla general establecida de restitución del menor. En concreto, estas causas se recogen en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio.¹³

El artículo 27 del Convenio establece la no obligación de la autoridad estatal de aceptación de solicitud, si se estiman que no se cumplen las condiciones necesarias para la misma o siempre que se motive la falta de fundamento en la misma.

12 Artículo 236.1 CC Catalán: Potestad parental o patria potestad. Los progenitores, para cumplir las responsabilidades parentales, han de tener la potestad respecto de los hijos menores no emancipados. La potestad parental se puede expandir a los hijos mayores de edad incapacitados prorrogándolo o rehabilitándolo.

13 Artículo 12: Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido del artículo 3 y hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

Artículo 13: No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona demuestra que :

La persona que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención o

Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Al examinar las circunstancias las autoridades judiciales tendrán en cuenta la información que sobre la situación del menor proporcione la autoridad central del lugar de residencia habitual del menor.

Artículo 20: La restitución del menor conforme al artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

El deber de información a la persona solicitante, por tanto, corresponde a la autoridad central en lo que respecta a los criterios que exige el Convenio y no proceder a la remisión de solicitudes que, de antemano, se sabe no cumple con el mínimo exigido legalmente.

Los fallos más habituales en la presentación o remisión de solicitudes provienen de sellos notariales o judiciales no aparecen completos, la letra es ilegible o no se explicita la legislación aplicable. Ello supone una dilación en el proceso que lo retrasa innecesariamente.

En el caso español, la autoridad central rechaza aquellas solicitudes siempre basadas en los hechos, por ejemplo, cuando pasa un año de la sustracción sin que el solicitante haya iniciado algún trámite.

El Convenio recoge además como una obligación explícita la localización del menor trasladado o retenido de forma ilícita.

Además de la autoridad central, la Interpol es el órgano encargado de la misma. No obstante, dado su misma naturaleza, este órgano posee un ámbito de actuación limitado, dando lugar en algunas ocasiones, a retrasos en la localización de menores sustraídos.

En lo que respecta a lo previsto en el artículo 26¹⁴, España no ha realizado manifestación alguna acerca de la reserva planteada en el mismo. Por ello, toda persona que presente la solicitud en nuestro estado tendrá asistencia en el mismo momento, sin que

14 CALVO ARAVACA, A., *Derecho internacional privado*, Granada, 2018. P. 185.

Cada Autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio. Las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico.

Sin embargo, un estado, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesor jurídico, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el convenio, las autoridades judiciales podrán disponer, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todas las costas y pagos realizados para localizar al menor.

exista un requisito de muestra y prueba de recursos económicos bastantes o no para iniciar el proceso.

Esta representación se realiza por medio de los Abogados del Estado y una admitida a trámite la solicitud, se remite la documentación a la Abogacía del Estado. Como principal inconveniente podemos destacar el hecho de que las comunicaciones e informaciones entre el abogado y el solicitante se realizan por medio de la autoridad central, con lo que pueden producirse lapsos de tiempo algo largos, en algunas ocasiones.

El Convenio permite, no obstante, en el artículo 29 que el solicitante disponga de su propio abogado que lo represente en el proceso judicial. En estos supuestos, el papel de la autoridad central se limita al de mero asesor, desapareciendo la responsabilidad en lo que respecta a la resolución del caso.

De otra parte, hay estados europeos que sí han optado por formular esta reserva y que no se hacen cargo de ningún gasto de defensa que excedan los de justicia gratuita. Entre ellos podemos destacar Alemania, Dinamarca, Finlandia, Grecia o Suecia.

La competencia en materia de sustracción internacional española no se encuentra concentrada en un número concreto de tribunales, como ha recomendado la Conferencia de la Haya en su guía de Buenas prácticas. Como ventaja de esa concentración se destaca la “acumulación de experiencia entre los jueces implicados y el desarrollo de una confianza mutua entre los jueces y autoridades en los distintos sistemas legales, la creación de un alto nivel de comprensión interdisciplinaria de los objetivos del Convenio, en particular, la distinción de los procedimientos de custodia, la disminución de los retrasos y una mayor coherencia de la práctica por los jueces y los juristas”.¹⁵

Otros Estados, sin embargo, sí han realizado esta concentración en un tribunal concreto, como pueda ser el caso de Reino Unido, Rumanía o Finlandia.

En el caso español, el artículo 769 LEC dispone que el juzgado competente sea el de primera instancia de la demarcación en que se encuentre el menor sustraído.

15 Guía de buenas prácticas. Medidas de aplicación interna. Disponible en : <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>

Uno de los principales problemas de aplicación en la práctica, se da a la hora de la interpretación del derecho de otros países. Con algunos, nuestro sistema legal guarda grandes similitudes, sin embargo, con otros es más dificultosa esta aplicación. Por ejemplo, es el caso de los países nórdicos donde el concepto de patria potestad y guarda y custodia no se encuentran tan delimitados como en España. Aquí, el artículo 39 CE dispone una garantía a la familia, sin definir el modelo de la misma ni qué condiciones han de darse dentro de ella.

Por su parte, el Convenio establece un régimen de urgencia en el artículo 7.c afirmando que “las autoridades centrales deberán adoptar, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”.

La recomendación que recoge la Conferencia es que no se limite al retorno, sino que se controle el plazo en que éste se lleva a cabo. Para ello, los Estados tendrán que esforzarse en la formación de los jueces encargados de estos asuntos.

Por ejemplo, en España, las órdenes de restitución que firma un juez no se aplican directamente, sino que se establece un plazo de veinte días para que de forma voluntaria se produzca la devolución del menor y de no cumplirse éste entonces se inicia el proceso ejecutivo.

El artículo 12 dispone que “cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente y en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado parte donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”.

Una vez transcurrido este plazo de un año, el juez podrá ordenar además la restitución del menor, con la excepción hecha de que este suceso haya tenido ya lugar.

El cómputo del plazo anual es uno de los problemas de interpretación al que nos enfrentamos. La jurisprudencia ha establecido en algunos casos que este plazo ha de entenderse que comienza desde que se produce el hecho de la sustracción propiamente

dicha. Para casos de retención, esta fecha se entiende que comienza desde que la misma se convierte en ilícita. Con respecto al “*dies ad quem*”, la fecha del cómputo no puede identificarse con la del requerimiento hacia la autoridad central, sino que ésta ha de coincidir con el inicio del proceso ante la autoridad competente para ordenar la restitución del menor, en el caso español este plazo coincide con el de interposición de demanda.

En relación a la interrupción del plazo, la misma no se da por ningún motivo. Lo importante es por tanto, que el menor esté más de un año en las circunstancias que se describan.

En la práctica, pasado un año, se reducen considerablemente las resoluciones que establecen el retorno del menor, dado que se entiende existe una integración en el nuevo medio del mismo.

Hay tribunales, por su parte, que distinguen entre los términos adaptación e integración, entendiendo que la integración es un término mucho más amplio y que requiere de más factores y más tiempo. El arraigo supone algo más que la misma escolarización o desarrollo en una lengua.

Además, esta situación de arraigo ha de analizarse en la fecha en que se presente la demanda de restitución y no cuando se procede a la resolución del proceso, dado que este hecho supondría una dilación indebida en el proceso judicial.

2.2 Competencia judicial internacional según el artículo 16.

La delimitación de la competencia judicial a nivel internacional en cuanto a la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 vendrá determinada en cuanto a la determinación de aquellos aspectos del orden civil que atañen a la sustracción internacional de menores.

Esta aplicación será obligatoria para todos los Estados que hayan formalizado su adhesión previamente. La sustracción de menores se ha convertido en un tema que requiere de un gran esfuerzo, ya que se trata de proteger a un colectivo el de los menores que necesita un mayor grado de protección.

A nivel comunitario, ya hemos visto que existen otras normas que se aplican cuando la sustracción se produce entre países de la Unión Europea. Se trata ahora, por tanto, de ahondar en aquellos supuestos donde el Convenio sí resulta aplicable en España.

No obstante, los datos que manejamos son aportados por la Autoridad Central, lo que puede no corresponderse del todo con la realidad, ya que ésta sólo realiza el recuento en cuanto a solicitudes formales se refiere, lo que deja fuera a aquellos supuestos en que no existe una puesta en conocimiento a la autoridad judicial de la sustracción.

La cuestión de la atribución o no de competencias al tribunal se encuentra dispuesto en el artículo 16 CH, aunque de un modo algo disperso y sin expresar con claridad en qué situaciones puede declararse competente el tribunal.

Así, el Convenio estipula que “después de haber sido informadas de un traslado ilícitos de un menor, la autoridad judicial del Estado contratante donde haya sido trasladado no decidirá sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia”. En esta primera parte, el legislador se centra en la puesta en conocimiento de la autoridad judicial del hecho, dejando a un lado la discusión acerca del derecho de custodia, que es competencia nacional del Estado donde residiera el menor.

Por tanto, el Convenio se limita a centrar la competencia acerca del hecho de la sustracción en sí, pero no para atribuirle directamente al estado donde se encuentre el menor, sino para que se ponga en conocimiento de la autoridad el hecho.

Ya se ha mencionado que uno de los defectos del Convenio es la no clarificación de conceptos jurídicos como los derechos de custodia.

Lo que sí es competencia del tribunal español, por medio de la INTERPOL, es la localización del menor, aunque se observa que este tema puede no ser prioritario entre las funciones de este organismo y no dar la rápida respuesta que cabría esperar.

Por otro lado, el artículo 16 establece que sí se podrá dirimir sobre algún derecho de custodia en aquellos supuestos en que se estime que no se dan las “condiciones del Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio”.

En la práctica española, la sustracción internacional de menores ha sido objeto de un incremento creciente en nuestro ordenamiento, así como el establecimiento de medidas de naturaleza cautelar que se encaminan a lograr una efectiva prevención.

Normas como la LEC o el Código Civil son un ejemplo de ello, además de la reforma que se realizó en el Código Penal.

Así, en base a este último, nuestro ordenamiento considera sustracción cuando se dé “el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. Además, cuando esta retención incumpla de forma grave el deber que previamente se haya establecido por una resolución o dictamen administrativo”.

2.3 Análisis jurisprudencial

Pasamos ahora a analizar una sentencia acerca de la sustracción internacional de menores en el entorno del Convenio de la Haya. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas nº 377/2017 de 29 de junio.

El supuesto de hecho de la misma se basa en la sustracción ilícita de carácter internacional de un menor que residía en Argentina y fue trasladado a España. La Audiencia de las Palmas, en su fallo, desestima el recurso de apelación en materia de sustracción internacional, en el caso del menor con vinculación en España y Argentina y Estados parte del Convenio de la Haya de 1980.

El ámbito de aplicación del Convenio dispone un sistema de cooperación entre autoridades centrales, donde se articula la comunicación e información para que se produzca la restitución del menor de la forma más rápida posible. Para ello, establece dos etapas diferenciadas, en la primera la autoridad central se encuentra obligada a la restitución voluntaria del menor¹⁶ y en caso de no ser posible ésta, podrá promover la restitución¹⁷. Se

16 Artículo 10 Convenio.

17 Artículo 11 Convenio.

trata de un procedimiento independiente al judicial, donde no es obligatorio la asistencia de un letrado.

Por su parte, el artículo 4 del Convenio establece una aclaración en lo que atañe a la residencia habitual del menor. Éste, es de aplicación a cualquier menor que posea su residencia habitual en un Estado parte de forma previa a que se infrinja algún derecho relativo a custodia o visita. No será de aplicación cuando el menor sea mayor de 16 años.

En este caso, la ilicitud del traslado se estima por la juez de instancia, cuando otorga reconocimiento en Argentina a la filiación extramatrimonial paterna antes de que el menor salga de ese Estado. Se estima, por tanto, que se produce una infracción del derecho de custodia y se produce el traslado ilícito del menor.

En materia de mediación internacional, la doctrina destaca que “ésta puede desempeñar fundamentalmente tres funciones en el marco de la problemática de la sustracción internacional de menores: una preventiva; otra como instrumento para solucionar el conflicto creado ante un traslado o retención ilícitos; y una tercera, como mecanismo para facilitar la ejecución de una decisión sobre el retorno”.¹⁸ En este caso, la mediación se propuso en la sentencia de instancia cuando se produjo la sustracción del menor y una vez ordenado el retorno del mismo a Argentina.

En concreto, al ordenar la restitución “se acuerda requerir al Ministerio de justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes se lleve a cabo un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución del menor entre ambos progenitores, debiendo ponerse en contacto con el Servicio de Mediación del Gobierno de Canarias”.¹⁹

Otro elemento de carácter jurídico de naturaleza relevante en esta sentencia hace referencia a la aplicación de la norma procesal a nivel interno en el territorio español. En primer lugar, habrá que analizar si esta normativa es de aplicación al caso, en base al artículo 778 quáter LEC: En los supuestos en que siendo aplicable un convenio internacional se pretenda la restitución de un menor y se encuentre en España se procederá

18 PRIETO DE LOS MOZOS, P. Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores. Tratado de mediación. Tomo III. Tirant lo Blanch, 2017. P. 710.

19 Sentencia Tribunal de Primera Instancia de Las Palmas.

a lo dispuesto en este capítulo. En concreto, la misma sentencia lo menciona destacando el “efecto suspensivo que provoca la interposición de dicho recurso en el sentido de paralizarse la restitución del menor hasta que el juez de apelación resuelva”.²⁰

En lo que respecta a la filiación y custodia en el ámbito de la sustracción internacional de menores, la naturaleza jurídica se basa en otras figuras ya existentes como la custodia o filiación, que han de determinar previamente si el traslado es ilícito o no. En este caso, la demandante se centra en que no existe vulneración alguna de derechos de custodia, ya que cuando el menor sale de Argentina no existía un derecho de filiación paterno que estuviera acreditado.

La Audiencia Provincial afirma en el Fundamento Tercero que en la sentencia objeto de apelación se da relación entre los hechos probados y que éstos no se desvirtúan por la demandante. El reconocimiento de paternidad se da antes de la salida del menor, aunque la madre usa una autorización de viaje anterior a esta declaración.

Una vez probados los hechos, el tribunal estima que sí existe un traslado ilícito, porque la norma argentina así lo prevé, estableciendo la misma que era necesario el consentimiento de ambos progenitores y solo se dio el de la madre.

Precisando, el Convenio se limita a regular el mecanismo de restitución, sin valorar otros aspectos como la paternidad o el derecho de custodia, que tendrán que establecerse por medio de otros procedimientos.²¹

La sentencia objeto de análisis establece de forma rotunda la solución al conflicto planteado, afirmando que el hecho de la filiación paterna se estableció con anterioridad a la decisión de la madre. Lo estima, sin embargo, sin entrar en el fondo del asunto, dejando a un lado el derecho de custodia. La sentencia de apelación confirma la de instancia, ordenando de nuevo la restitución del menor a Argentina, dando la opción de la mediación.

20 Sentencia de primera instancia de 12 de mayo de 2017 de las Palmas.

21 ESPINOSA CALABUIG, R. *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*. Marcial Pons, 2007. P. 266.

Por otro lado, este pronunciamiento limita la información en algún sentido, ya que no se detallan los hechos ni se aportan toda la documentación necesaria para poder emitir un fallo de este nivel.

Por último, esta sentencia utiliza de manera correcta el Convenio de la Haya, a partir de los hechos planteados, aunque se queda en la superficie de algunos aspectos, sin entrar a valorar el fondo del asunto en alguna ocasión.²²

En materia de restitución, analizamos ahora el caso *W. and B. vs. H.* de 2002, cuyo supuesto de hecho se basa en un caso de gestación subrogada entre ciudadanos de Reino Unido y EEUU²³. Surge aquí una disputa en torno al derecho de custodia, así como la solicitud de restitución que se presenta en el Estado de California de EEUU y por la que entra en juego el procedimiento previsto en el Convenio de la Haya.

Para el tribunal inglés, existe un verdadero conflicto a nivel normativo, porque existen diferenciaciones apreciables en lo que respecta al derecho de custodia previsto en ambos países. Se deriva de aquí, que las obligaciones contractuales se podían exigir en base a la ley imperante en California, por lo que el tribunal inglés considera que el Convenio no es de aplicación en este caso. En un momento posterior, se inicia de nuevo el proceso, esta vez sin acudir al Convenio, estimando que la competencia la poseen los tribunales californianos. Vemos en este caso, que la competencia la tiene uno de los Estados y no se pone en marcha el proceso previsto en el Convenio de la Haya.

22 Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas nº 377/2017 de 29 de junio. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/4401/2946>

23 Custody Rights. INCADAT: HC/E/UK e 10. Court of appeal, civil division. 7 de mayo de 1992.

3. REGLAMENTO 2201/2003

La determinación de la competencia judicial internacional se recoge en el Reglamento 2201/2003, que se aplica en el área civil a los Estados Miembros de la UE. Esta norma recoge la sustracción de menores a nivel comunitario. Este Reglamento, en base a lo dispuesto en el TFUE será de obligado cumplimiento y de aplicación directa para los Estados.

El artículo 13.b y las modificaciones introducidas por el Reglamento 2201/2003 establecen que “no existe obligación de ordenar la restitución del menor si la persona, institución u organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Por su parte, el artículo 10.4 Reglamento 2201/2003 dispone que “los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor” basándose en lo dispuesto en la letra b del artículo 13 del Convenio si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

Si las autoridades del Estado donde el menor reside poseen la competencia en cuestión de responsabilidad parental, también la tienen para tomar las medidas que consideren más pertinentes de cara a la protección del mismo en casos de retorno.

No obstante, la interpretación de este artículo supone también algunos debates, pues no quedan determinadas cuáles son las medidas más adecuadas o cuáles han de ser las que adopte la autoridad central.

Esta autoridad central en el caso español, sostiene con especial relevancia la necesidad de mantener una audiencia previa a la persona solicitante. De hecho, así lo recoge en el escrito que remite junto al expediente al Abogado del Estado y después de la comparecencia donde el sustractor rechaza la restitución.

Esta citación al solicitante, en numerosas ocasiones, se realiza por la autoridad central, en España y otros países, aunque el juzgado actúa de distinta manera como la citación directa al solicitante o haciendo uso del reglamento europeo de notificación, en función del caso que se plantee.

En materia de ejecución provisional se presentan controversias cuando, existiendo resolución firme que revoca la de instancia, se deniega la restitución y el menor retorna a su residencia habitual anterior. En estos casos, se estima que la apelación no suspende la ejecución y esto puede suponer problemas a nivel constitucional, suponiendo que la apelación prospere.

Por otro lado, pocos países ejecutan la resolución de retorno del menor en casos de recursos de la misma. De hecho, el posible recurso en varias instancias supone una dilación considerable del proceso.

La tutela judicial efectiva no sólo engloba el derecho a obtener un pronunciamiento judicial, sino a que se ejecute de manera firme. Así, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, admitiendo que “el derecho a la ejecución de las sentencias forma parte del artículo 24.1 CE. Si así no fuera, las decisiones judiciales y los derechos que se reconocen en ellas no serían otra cosa que declaraciones de intenciones sin intenciones ni alcance en la práctica jurídica ni por supuesto, en materia de efectividad”.²⁴

La apelación en el Reglamento 2201/2003 se establece en el sentido de que “cuando un estado miembro al que el menor haya sido trasladado o esté siendo retenido ilícitamente, dicte una resolución denegando el retorno, ésta será revisada por el estado miembro de residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícita. Si este último estado dicta resolución ordenando el retorno del menor, ésta será ejecutiva sin necesidad de procedimiento alguno”.²⁵

24 STC 148/89 y 152/90.

25 Aplicación práctica del Convenio y el Reglamento 2201/2003. Disponible en: http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf

En el caso español, la autoridad central estima que no es necesario el trámite de recursos de apelación en los casos en que el estado parte de la residencia del menor anterior a la sustracción posee la competencia en esta materia.

El artículo 11.6 del Reglamento establece que tendrá que transmitirse al órgano judicial competente la copia de la resolución de no restitución, junto al resto de documentos que se estimen pertinentes, sobre todo el acta de la vista, según lo establecido en la legislación estatal de cada país.

Este envío o traslado de documentación se realiza, como regla general, por medio de la autoridad central. En otros casos, el tribunal envía los documentos directamente al tribunal que posee la competencia, sin que se informe a la autoridad central.

El órgano judicial ha de tener en su poder toda la documentación requerida en el plazo máximo de un mes, aunque en la práctica este plazo no se cumple, debido a problemas de comunicación entre Estados.

Por otro lado, los documentos se envíen sin traducir, enviando los Estados las resoluciones en la lengua en que se dictan. En el caso de la autoridad central española, cuando recibe una resolución que deniega, se remiten por un lado al juzgado que posee la competencia y por otro lado, al solicitante.

Se considera importante, por tanto, que en España se dicten normas específicas de desarrollo del Reglamento, sobre todo en materia de aplicación de resoluciones denegatorias. Estados como Francia ya lo han llevado a cabo, disponiendo que “la resolución denegatoria de la restitución de un menor dictada en el extranjero, así como los documentos que la acompañen, una vez transmitidos a la autoridad central francesa en aplicación del apartado 6 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, serán remitidos al Fiscal del tribunal de Grande Instance que sea territorialmente competente en virtud del artículo 312 del código de organización judicial, quien promoverá por medio de solicitud la apertura del pertinente proceso ante el juez de familia”.²⁶

26 Artículo 1210.6 Código de proceso civil de Francia.

4. COMPETENCIA SEGÚN BRUSELAS II

Ya hemos mencionado anteriormente el Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, sobre la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

A nivel institucional, el Reglamento ha supuesto que la UE haya aunado esfuerzos de cara al logro de una interpretación unánime en las cuestiones que contempla el mismo. El TJUE, por su parte, ha ido instaurando criterios de cooperación y ayuda a los Estados parte, dando respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en materia de aplicación del mismo.

También ha jugado un papel importante la Comisión, con un continuo proceso de difusión y cooperación en materia de interpretación, elaborando, por ejemplo una Guía Práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II.²⁷

Otra muestra de mejora supone lo previsto en el artículo 65 RBII, por el que ha de emitirse un informe en relación a la aplicación del Reglamento, acerca de la información que emitan los EEMM y también unido a las propuestas de mejora para su adaptación posterior.

Este Reglamento se propone como uno de sus objetivos el establecimiento de unos criterios iguales en materia de competencia judicial internacional en el área matrimonial y parental, no estableciendo, por tanto, una normativa territorial, propiamente dicha.²⁸

La competencia territorial se ha de estimar en virtud de las reglas de carácter interno de cada Estado. Lo que no queda tan claro es a qué materias debe afectar y a cuáles no. Las crisis matrimoniales por ejemplo, poseen un ámbito de aplicación muy reducido, sólo se aplica para el vínculo matrimonial en sí mismo.

²⁷ Disponible en:
http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf

²⁸ Prieto de los Mozos, P. Diez años de aplicación del reglamento Bruselas II. Disponible en:
<https://eprints.ucm.es/27863/1/Bruselas%20II%20bis%2010%20a%C3%B1os.pdf>

La Comisión, en un sentido claramente de alabanza hacia el Reglamento afirma que “ las normas que establece han contribuido a simplificar el marco jurídico en una situación que ya supone problemas considerables para los ciudadanos afectados”.²⁹

En concreto, en cuestión de responsabilidad parental, lo primero que hay que destacar es la labor que realiza la UE y el TJUE en torno a la delimitación de manera autónoma e independiente con respecto a las legislaciones nacionales. Así, el término exacto de qué ha de entenderse por “menor” no aparece recogido en el Reglamento. En todos los países europeos, se contempla la mayoría de edad a los 18 años, sin embargo, no aparece recogida en algunos países la figura de la emancipación, que podría llevar a algunos problemas de interpretación.

En la Guía práctica, ha aclarado que las resoluciones que se realicen en relación a personas emancipadas no han de considerarse como de responsabilidad parental, quedando fuera de la aplicación del Reglamento.

El artículo 1.1 establece qué ha de entenderse por responsabilidad parental, afirmando que “ con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental” y continúa el artículo 1.2 que estas materias son: derecho de custodia y visita; tutela, curatela y otras análogas; designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento y a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes”.³⁰

No obstante, este listado no responde a todas las cuestiones que se plantean en los Estados, teniendo el TJUE que pronunciarse en determinadas ocasiones. En concreto, el término “materias civiles” y si las medidas de protección de menores se podían considerar como tales. El TJUE, hace un ejercicio de interpretación independiente del Reglamento, estableciendo que la resolución de una autoridad por la que se asuma la guarda y custodia

29 Borrás, A. Informe from Brussels to Brussels bis. P.9.

30 Continúa el artículo 1.3 con el listado de exclusiones: determinación e impugnación de la filiación; las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, la anulación y revocación de la adopción; el nombre y apellidos del menor...

del menor es una resolución que hace referencia a la responsabilidad parental, aunque se hubiera adoptado en el marco de normas de derecho público.³¹

El TJUE analiza la finalidad de las medidas para pronunciarse acerca de la interpretación concreta del Reglamento, disponiendo que el fin era la cobertura de necesidades de protección y asistencia a los menores.

En cuanto al elemento temporal, el Reglamento establece que “ lo dispuesto en el presente Reglamento sólo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor de conformidad con el artículo 72”.³²

Esta cuestión prejudicial hace referencia a la interpretación del Reglamento II, pero también se extiende a la doctrina del TJUE en lo que respecta a aquellas materias que no han sufrido modificación alguna.

Por otro lado, han existido dudas a la hora de interpretar este elemento temporal en materia de responsabilidad parental, por hacer referencia a aspectos distintos del mismo, como el reconocimiento de decisiones que no afectan al mismo hecho concreto.

La aplicación espacial en materia de responsabilidad parental se entiende con carácter universal y que ataña a todos, dejando sin embargo, lugar para las normas de competencia judicial internacional que recojan los EEMM.

Así, el artículo 14 dispone una “competencia residual”, donde se permite que la aplicación pueda darse cuando el órgano judicial del EM del foro ni otro EM tenga competencia en base a lo dispuesto en los artículos 8 a 13.

En concreto, en España tiene un carácter muy residual, aunque se contempla la posibilidad. Por ejemplo, el órgano judicial español se declarará competente en función de la nacionalidad del menor, cuando éste no tenga su residencia habitual en España, entrando en funcionamiento el Convenio de la Haya. Se establece en este caso como requisito que el

31 Sentencia de 27 de noviembre de 2007, Asunto C- 435/06 C .

32 Auto de 17 de junio de 2012, Asunto C- 312/09.

menor tenga la residencia habitual en un Estado que haya adoptado el Convenio y que a su vez, no forme parte de la UE.

Los casos de sustracción de menores en el ámbito intracomunitario se regulan por este Reglamento, donde se da preponderancia a la audiencia del menor, a la audiencia de la persona que solicita la restitución y también al plazo de resolución, que como regla general se establece en seis semanas.

Así, en “caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya tal y como queda completado con las disposiciones del presente Reglamento y en particular, del artículo 11...”³³

El procedimiento se inicia con la solicitud de restitución del menor al lugar de residencia inmediatamente anterior a la sustracción. La misma ha de contener toda la información acerca de los hechos ocurridos, así como localización, persona con quien se estima puede estar y por último es importante fijar unos motivos de base para la solicitud de retorno.

Posteriormente, el Tribunal del EM de origen tiene que dictar un pronunciamiento, donde se recoja que el traslado del menor es ilícito. Por su parte, en el país de destino se presenta la demanda de restitución y a partir de ahí entra en funcionamiento el mecanismo previsto en el Reglamento II. El tribunal del Estado de destino será el competente para decidir si estima o no la petición de restitución, atendiendo a los documentos y hechos aportados.

En el caso de desestimación, el Tribunal tiene que enviar copia de esa resolución al Estado de origen, para que quede constancia por escrito, argumentando los motivos que le llevan a esa decisión.³⁴

Una vez recibida la notificación, se inicia la apertura de plazo para alegaciones, que no será superior a tres meses.³⁵ El Tribunal procederá a resolver en este momento, las

33 Considerando decimoséptimo Reglamento Bruselas II.

34 En base a lo que dispone el artículo 11.6 del Reglamento 2201/2003.

cuestiones que se refieren a la custodia. En supuestos de estimación este examen, se une a la causa principal y tiene fuerza ejecutiva en el país de destino.³⁶

En los casos donde no se presente reclamación se lleva a cabo el archivo del asunto y el Estado de destino será el competente en la materia. La audiencia del menor es una de las novedades del Reglamento, ya que éste dispone que el menor será oído cuando existan causas abiertas en procesos de restitución, con las salvedades oportunas en función de su madurez o edad.

Posteriormente, la parte solicitante de la restitución también se oirá, de una forma ágil debido al plazo general de seis semanas anteriormente mencionado. El Reglamento establece también una ampliación del mismo por circunstancias excepcionales, pero no las delimita de forma concreta.

De nuevo, la Guía práctica realiza una interpretación acerca del plazo, asumiendo que estas seis semanas es el tiempo para ejecutar la resolución y evitando así dilaciones en el proceso, que puedan suponer un perjuicio para el menor.

4.1. Acción directa de restitución

La acción directa de restitución del menor se encuentra recogida en el art. 11 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

Artículo 11.

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

35 Art. 11.7 Rgmo.

36 Art. 42.1.

Si la Autoridad central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad central del Estado requirente o, en su caso, al demandante.

Por lo tanto, analizando el artículo 11, queda claro que salvaguarda el interés del menor, abogando por la urgencia en todos los procedimientos donde se tenga que restituir al menor, es más, contempla incluso los casos donde las autoridades que deban hacerse cargo de dicha restitución se demoren en su actuación, por lo que incluye la opción de pedir declaraciones al respecto para conocer el motivo de los retrasos y demoras en la decisión sobre la restitución del menor.

Además también lo recoge el Reglamento (CE) No 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.

Artículo 11 (párrafos 2-5)

2. En caso de aplicarse los artículos 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez.

3. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado 1 actuará con urgencia en el marco del proceso en el que se sustancie la demanda, utilizando los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional.

Sin perjuicio del párrafo primero, y salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, el órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda.

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.

5. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

La regla general del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de La Haya de 1980 es el retorno inmediato del menor al Estado de su previa residencia habitual. Esta legislación internacional no ordena que el retorno de los menores sea a una persona, sino lo que se

pretende es que los menores regresen a su residencia habitual, y que no sean cosificados y trasladados como si fueran un equipaje. Esto es lo que garantiza el interés superior del menor.

El menor debe ser restituido a su residencia habitual siempre y cuando no existan razones para evitar ese retorno. Se establece que es deseo de los Estados proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita que el progenitor no custodio ostente respecto al menor. Queda demostrado el daño que sufre un menor en estas circunstancias.

Es necesario que la acción que tiene como finalidad el traslado ilícito de un menor a otro país distinto de su residencia habitual viole el derecho de custodia que ostenta el progenitor titular. El Convenio persigue el restablecimiento de este derecho que comprende el cuidado de la persona del menor y el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Puede utilizarse la acción directa de retorno del menor, que consiste en:

- Cuando un progenitor que ostenta la custodia, ve vulnerado su derecho a ejercerlo por causa del otro progenitor no custodio, aprovechando un período de visita desplaza consigo al menor y lo traslada a otro país distinto del suyo.
- Cuando ambos progenitores ejercen conjuntamente por mandato legal o judicial la custodia del menor. El conflicto se genera cuando uno de ellos traslada al menor a otro país, privando así al otro progenitor del ejercicio del derecho de custodia.
- Progenitor que tiene atribuida la custodia del menor, pero dicha custodia está limitada judicialmente al territorio de un país, de modo que sólo puede trasladar al extranjero al menor con autorización del juez o del progenitor no custodio y aun así traslada al menor a otro país, por lo que este traslado se considera ilícito al infringir una resolución legalmente tasada.

Requisitos:

- Establecer un órgano de enlace entre los Estados, desarrollado por las Autoridades Centrales.

- Solicitud de restablecimiento del menor con los datos de identidad de las partes afectadas, los motivos de la reclamación del menor y la información existente sobre la residencia.
- Ejercicio de la acción directa, decidiendo si el menor debe ser o no restituido analizando los datos previamente:
 - Orden de retorno del menor a un país específico que suele ser el país de residencia habitual.
 - Cualquier persona con sospechas de que un menor está siendo retenido o trasladado puede ejercer esta acción de restitución.
 - El retorno inmediato del menor.
 - Opción de no ordenar la restitución por ser nociva para el menor. Es algo excepcional.

4.2. Litigación por custodia y obtención de una orden de restitución en el EM.

También está plasmado en el artículo 11 del Reglamento, en los párrafos 6 a 8; estos tres apartados hacen hincapié en el buen proceder, aún en el caso de no restitución, ya que se debe notificar al Estado donde tenía la residencia habitual en el plazo de no más de un mes, incluyendo todos los documentos esenciales del procedimiento. Además el órgano jurisprudencial que reciba la información debe notificar a las partes para las reclamaciones oportunas, conforma a la legislación nacional y examinar la custodia en un plazo de tres meses, en el caso de no haber reclamaciones se archivará el caso, siempre garantizando el interés del menor y no cerrando la puerta a una posterior restitución en caso de haber una sentencia firme que así lo recoja.

4.3 Foro de la residencia del menor

En la determinación de la competencia judicial internacional se da preponderancia al criterio de la residencia habitual del menor, ya que la norma que se considera principal así lo establece y por otro lado, porque es el criterio que se mantiene en la mayoría de normas de competencia. De este modo, son los tribunales de los órganos judiciales del EM donde tiene la residencia habitual los competentes para dictaminar resoluciones acerca del derecho

de visita u otras medidas de responsabilidad parental, en casos de traslados ilícitos de menores.

La resolución de cuál sea la residencia habitual del menor con anterioridad a la sustracción puede suponer un motivo de controversia. Por ello, el TJUE ha tenido que pronunciarse en múltiples ocasiones.

El TJUE considera tres cuestiones a la hora de determinar dónde reside el menor, como puedan ser la interpretación uniforme y de manera independiente, en función de los objetivos y situación del hecho. Así, el foro de la residencia del menor se adopta en beneficio del mismo y también por el criterio de cercanía. Además, es necesario acudir a las circunstancias que rodean el hecho a la hora de establecer la residencia, como el grado de integración o participación en su entorno, que este hecho no se dé de forma temporal, sino que sea permanente. El TJUE afirma que “ el hecho de que los menores permanezcan en un Estado en el que lleva una vida errante durante un corto período de tiempo puede ser un indicio de que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado”.³⁷ Por último, el Reglamento prevé que cuando “resulte imposible determinar dónde tiene la residencia habitual un menor, la competencia vendrá atribuida a los órganos jurisdiccionales del EM donde el menor se encuentre presente”.³⁸

Otro pronunciamiento sobre la residencia del menor se dio a la hora de interpretar los artículos 2.11 y 11 del Reglamento. Aquí, el traslado se autorizó por un órgano judicial nacional, que previamente atribuyó la custodia a la madre y permitió que fijara la residencia en otro Estado miembro. Pero dado que esta resolución no tenía efecto definitivo, el padre recurrió y el TJUE resolvió atribuyéndole a él la custodia, disponiendo que “ éstos serían factores que no favorecen una constatación de la transferencia de la residencia habitual del menor, ya que dicha resolución tenía carácter provisional y ese progenitor no podía tener la certeza al tiempo del traslado de que la estancia en ese Estado miembro no sería temporal”.³⁹ El TJUE estima que la voluntad de uno solo de los progenitores no incide a la hora del establecimiento de la residencia habitual del menor, continuando que el interés del menor supone “ ponderar estas circunstancias con otros aspectos de hecho que pudieran demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su

37 STJUE de 22 de diciembre de 2010. Asunto C- 497/10.

38 Art. 13 RBII .

39 Asunto C-497710 Mercredi.

traslado y en particular, el tiempo transcurrido entre ese traslado y la resolución judicial que anuló la resolución de primera instancia y fijó la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen”.⁴⁰

4.4 Foro de la autonomía de la voluntad

Las disposiciones contenidas en el artículo 12⁴¹ Reglamento Bruselas II se basan en la autonomía de la voluntad de las partes. Aun así, el TJUE⁴² ha tenido que aclarar su contenido, destacando que de él se desprende un régimen accesorio, permitiendo el artículo 12.3 fijar la competencia del tribunal en un EM distinto al de la residencia habitual del menor, incluso si no hay ningún proceso en ese estado miembro.

En un primer momento, los tribunales del estado miembro distinto al de la residencia habitual puede optar por informarse acerca de los derechos de responsabilidad parental, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- La competencia ha de aceptarse de forma expresa e inequívoca por los progenitores que ostentan esa responsabilidad.
- Uno de los cónyuges ha de ejercerla sobre el menor.
- Siempre en interés del menor.

Para casos en que el menor tiene su residencia en un Estado que no forma parte del Convenio de la Haya también se prevé esta regla de accesoriedad, dado que el artículo 12.4 prevé la presunción de que ante la no aplicación del CH este foro siempre ha de actuar en beneficio del menor, sobre todo, si el proceso es de relativa dificultad o imposibilidad en el tercer Estado que debería asumirla.

40 Asunto C-376/14 sentencia de 9 de octubre de 2014.

41 Los órganos del estado miembro en que se ejerza la competencia ...tendrán competencia : cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; cuando la competencia de dichos órganos haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

42 STJUE de 12 de noviembre de 2014. Asunto C-656/13.

Esta competencia de régimen accesorio no se aplica para los casos en que haya sentencia firme o cuando exista un proceso acerca del vínculo matrimonial que además afecte al menor.

4.5 Debate en torno a la competencia

Si el órgano judicial ante el que se presenta la demanda de responsabilidad parental no puede asumir su competencia en base a lo estipulado en el Reglamento Bruselas II y existen otros tribunales de otro Estado miembro que sí la tienen, este primer tribunal tiene que declarar su incompetencia de oficio, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 17 RBII.⁴³

Existen algunas situaciones para las que el artículo 17 RBII no da solución, por ejemplo para el caso en que los tribunales de un EM donde se presenta la demanda carece de competencia según los artículos 3-5 o no tienen autorización para determinarla y además ningún EM la tiene atribuida. Para estos casos, parece apuntarse a la posibilidad de acudir a las normas dispuestas en la legislación nacional; sin embargo, esta opción carece de sentido si nos encontramos ante un caso de aplicación exclusiva del Reglamento.

Concluyendo, las normas de aplicación en torno a la competencia han sido objeto de aclaración por el TJUE, sobre todo especificando que no puede existir duplicidad de la misma, por ejemplo si en un EM se solicitan medidas cautelares y en otro una sentencia sobre el fondo del asunto. Todo ello, para evitar casos de litispendencia. Además, siempre que no se cambie el ámbito de aplicación espacial, el TJUE juega un papel importante, a la hora de revestir el vacío legal que existe en términos de competencia cuando un EM no es competente según el Reglamento y tampoco bajo su legislación nacional y no hay EM que la posea.

4.6 Eficacia de las resoluciones basadas en el Reglamento.

43 Comprobación de la competencia: el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro estado miembro, se declarará de oficio incompetente.

Una vez obtenida una resolución judicial de carácter internacional, se plantea la cuestión de su aplicación en otro Estado distinto al que la pronuncia. Como regla general y en virtud del principio de soberanía nacional, estas resoluciones sólo tienen efecto dentro del territorio del mismo que la emite. El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 establece la lucha contra el secuestro a través del mecanismo de exequatur.

En nuestra legislación, el artículo 117.3 CE dispone que *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*. Sin embargo, tanto la exigencia de continuidad de las relaciones jurídicas, como la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos, abogan por la necesidad de que dicha resolución no quede circunscrita al Estado donde fue dictada.

Ante la pluralidad de ordenamientos jurídicos y la proliferante interrelación que se da entre ciudadanos de distintos países se hace necesario imponer un sistema de extraterritorialidad de los pronunciamientos judiciales, ya que de otra manera este hecho llevaría a tener que iniciar un procedimiento distinto en cada Estado donde se quieran ejercer los derechos que previamente ya estarían determinados por otro órgano judicial, cayendo en el error de duplicidad de sentencias.

Determinado sector doctrinal afirma que *“de no aceptar una vía para reconocer las sanciones vertidas por un sistema extranjero a determinadas relaciones jurídicas, el tráfico externo y el comercio internacional resultarían poco viables frente a la inseguridad e imprevisibilidad del Derecho. En suma, la ausencia de un reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras abocaría a situaciones claudicantes y a una negación de la función propia del derecho internacional privado: la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio”*.⁴⁴

No obstante, el establecimiento de un sistema de reconocimiento extraterritorial no viene a significar el acogimiento total de las mismas, sino que es necesario que se impongan algunos controles. La legislación estatal será la encargada de su desarrollo y distribución para que sus resoluciones puedan tener eficacia fuera del territorio donde se dictaron.

44 FERNÁNDEZ ROJAS, J. Derecho Internacional Privado. Madrid, 2019.

En el marco comunitario, las legislaciones de Estados como Alemania e Italia han implantado un sistema de reconocimiento automático de pronunciamientos judiciales de otros Estados, sin que exista ningún proceso de carácter especial.

Por otro lado, países como Bélgica, Francia o España han establecido el denominado “sistema de autorización previa”, en el que se establecen algunos límites y condiciones a las resoluciones de otros Estados, para que puedan tener plenos efectos.

En Reino Unido impera la corriente de que el demandante tiene que iniciar un nuevo proceso en cada Estado donde quiera que se reconozcan sus derechos, dado que la sentencia de otro Estado sólo puede servir de ejemplo a seguir, pero no despliega sus efectos.

En casos de sustracción de menores, la resolución de naturaleza ejecutiva que se dicta en un Tribunal en el estado de origen, se reconoce y ejecuta en los demás Estados miembros.

Una novedad que recoge el Reglamento es esta ejecutoriedad “sin necesidad de declaración y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada”.⁴⁵ Ante esta afirmación, se hace referencia a dos clases de pronunciamientos judiciales. Por un lado, aquellos que son dictados por un órgano competente y que contiene la orden de retorno del menor sustraído, siempre que no haya resolución expresa posterior en su contra. Por otro lado, los pronunciamientos que dicta el órgano competente del Estado donde el menor posee su residencia habitual y que ordena el retorno en un momento posterior, aunque puedan darse sentencias contradictorias.

En el momento en que ya está dictada la orden de retorno, esta ejecutividad se dará de acuerdo a las reglas que existan en el derecho interno de cada Estado, siempre atendiendo a lo establecido en el Reglamento.⁴⁶

45 Artículo 8 Reglamento 2201/2003.

46 Artículo 72: Aunque el derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva, el órgano jurisdiccional podrá declarar la fuerza ejecutiva, si se cumplen los requisitos que el propio reglamento exige.

El objetivo que se pretende conseguir con esta disposición es la restitución del menor, ya que carecería de utilidad el Reglamento si cada órgano judicial emitiera una solución distinta en lo que respecta a la ejecutividad de la misma.

Así, el Reglamento prioriza aquellas decisiones a posteriori del retorno frente a otras anteriores de no restitución y que se dicten bajo el amparo del Convenio de la Haya. Esta deferencia se da con la eliminación de exequátur para decisiones ulteriores que contengan la orden de restitución del menor.

Por tanto, esta norma recoge un refuerzo más del principio de retorno del menor y también el de la competencia para el juez de origen. Bajo el punto de vista procesal, se centra en el principio de celeridad en materia de ejecuciones.

En casos de expedición de certificados en órdenes de retorno también encontramos este refuerzo para el juez de origen.⁴⁷ La expedición de éste debe exigir los requisitos de audiencia al menor y al resto de partes, en materia procesal. A su vez, el juez de origen debe tener en cuenta aquellas motivaciones y pruebas que dan forma a la resolución. En ocasiones, esta certificación se deniega, alegando motivos como la no audiencia del menor.⁴⁸

Aun así, el Reglamento asegura el refuerzo del principio de restitución del menor, a través de un sistema de cooperación judicial a nivel interestatal, por medio de la introducción de medidas exactas y también con la implantación de la Red judicial europea en el área civil-mercantil.⁴⁹

Dada la dispersión normativa en materia de sustracción internacional de menores, se tendrán que establecer el tipo de relaciones que se darán entre el Reglamento y demás normas. Como ya hemos indicado anteriormente, se indica un sistema de cooperación con el Convenio de la Haya.

47 Anexo IV Reglamento: Certificado relativo a la restitución del menor.

48 STJUE 22 de diciembre de 2010. Asunto Pelz.

49 REIG FABADO, I. El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores. Revista de Derecho, nº 20. 2015.

Por último, en supuestos donde no exista una norma de naturaleza internacional, habrá que aplicar la legislación nacional.

Las normas españolas en materia de reconocimiento son de origen internacional y de origen interno. Si entre España y el país de origen de la resolución existe un Convenio se aplicará la regulación convencional, art. 951 LEC. En el ámbito comunitario, si el reconocimiento tiene su ámbito en materia civil y mercantil, es de aplicación el Reglamento Bruselas I, y por otro lado, si el ámbito es en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos será de aplicación el Reglamento Bruselas II.

5 LEY APLICABLE EN INTERÉS DEL MENOR

El derecho del menor de edad a pronunciar su opinión de forma libre y a que se le escuche en aquellos asuntos que le afectan de manera directa en su desarrollo personal y familiar está hoy día reconocido a nivel mundial, atendiendo siempre a la edad y madurez del mismo.

Este derecho ya fue reconocido por el Convenio de la Haya de 1980 (CSIM) y posteriormente por la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Uno de los debates que se ha planteado en la práctica, es si puede prevalecer la voluntad del menor a lo establecido por el Convenio de la Haya u otras normas internacionales.

Voluntad del menor en el Convenio de la Haya

El Convenio dispone la protección del menor en supuestos de sustracción o retención ilícita a nivel internacional. Por tanto, se basa en el interés del menor, entendido éste como la restitución al lugar de la residencia habitual inmediatamente anterior a que se produzcan los hechos.⁵⁰ El artículo 1 dispone la regla general de restitución o retorno, cuando la sustracción o retención se produce como quiebra o vulneración de los derechos de custodia, en base a lo establecido en el artículo 3.⁵¹ En el artículo 5 se aclara que ese derecho de custodia que se vulnera tiene que englobar en el caso español, la patria potestad, que se encuentra recogida en el artículo 154CC⁵². En el Convenio se prohíbe de forma expresa a los Estados que forman parte del mismo la toma de decisiones acerca de los derechos de custodia mientras no se resuelva previamente la restitución.⁵³ Esta es la regla general.

50 LLORIA GARCÍA, P. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Iustel. Madrid. 2008. P.195.

51 El traslado o retención se considerarán ilícitos: cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona o institución con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho estado.

52 MARÍN PEDREÑO, C. Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor. 2015. P.36.

53 Artículo 16: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado

Una correcta aplicación del Convenio proporciona a su vez, que se cumplan otros Convenios o Tratados de carácter internacional como el de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y protección de menores. En casos de traslados ilícitos, el progenitor que sustrae suele pretender una jurisdicción más favorable a sus circunstancias, que normalmente se ajusta a la de su nacionalidad. De esta manera, sustrae al menor del país de su residencia habitual con el fin de obtener algún tipo de beneficio o una solución que responda a sus intereses.

De este modo, el Convenio de 1980 otorga de una manera implícita la competencia al país de la residencia habitual del menor, intentando así establecer un mecanismo de corrección que ha sido generada por un progenitor que intentan modificar las reglas de carácter internacional sobre competencia y ley aplicable en responsabilidad parental.⁵⁴

contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.

54 LLORIA GARCÍA, P. P. 206.

6.NUEVO REGLAMENTO UE 2019/1111 DEL CONSEJO, DE 25 DE JUNIO DE 2019

6.1 Desarrollo y ámbito de aplicación

Este reglamento ha sido aprobado el pasado 2 de Julio de 2019, y entrará en vigor en 2022, 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. Este reglamento sustituirá al Reglamento 2201/2003. El nuevo texto comunitario incluye además normas aplicables a los casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando el Convenio de La Haya de 1980.

No será, sin embargo, de aplicación el Reglamento a la determinación y a la impugnación de la filiación; a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni la anulación y revocación de la adopción; al nombre y apellidos del menor; a la emancipación; a las obligaciones de alimentos; a los fideicomisos y las sucesiones, ni a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho penal cometidas por los menores.

La sustracción internacional de menores queda englobada en el capítulo III, del artículo 22 al 29. En relación con su ámbito territorial, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del Reglamento y Dinamarca no participa en su adopción ni queda vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

La norma incluye disposiciones que serán de aplicación y complementarán el Convenio de La Haya de 1980 cuando una persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia solicite al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte una resolución por la cual se ordene la restitución de un menor de dieciséis años que haya sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

El nuevo Reglamento ha supuesto una mejora en cuanto a la coordinación de las reglas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento 2201/2003 y en el

Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores. La adición de un nuevo párrafo que regula las relaciones con el Convenio de la Haya del 96, artículo 97 del Reglamento 2019/1111 y 61 del Reglamento 2201/2003.

Uno de sus objetivos principales de la revisión del Reglamento “Bruselas II bis” que es derogado por el presente, es mejorar las normas jurídicas que protegen actualmente a los menores en los litigios transfronterizos sobre responsabilidad parental, en los problemas de custodia, derechos de visita y la sustracción de menores.

Novedades con respecto a Bruselas II bis:

- Normas mejores y más claras en relación a los casos de sustracción de menores dentro de la UE, se introducen plazos más claros que garantiza que los trámites sean más rápidos.
- Normas más claras.
- Posibilidad de que el menor exprese su opinión.
- Supresión del *exequatur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental.
- Normas más claras sobre la circulación de los documentos públicos y los acuerdos extrajudiciales.
- Armonización de normas para el procedimiento de ejecución.

El grueso de preceptos del nuevo Reglamento serán aplicables a partir del 1 de agosto de 2022, con excepción de los artículos 92 (modificación de los anexos por la Comisión), 93 (poderes otorgados a la Comisión para la adopción de actos delegados) y 103 (informaciones de los Estados miembros a la Comisión), que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019 (art. 105).

6.2 ¿Por qué es necesaria una reforma?

El 15 de abril de 2014, la Comisión adoptó un informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo. El informe concluía que el Reglamento n°

2201/2003 estaba funcionando correctamente y había aportado a los ciudadanos beneficios importantes, pero que las normas vigentes podían mejorarse.

Según la Comisión, el Reglamento ha beneficiado a los ciudadanos y facilitado la solución de litigios transfronterizos en materia matrimonial y de responsabilidad parental gracias a un sistema global de normas de competencia y cooperación entre las autoridades centrales de los Estados. También por la prevención de procedimientos paralelos y la libre circulación de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos.

La Comisión determinó que debían reforzarse los derechos de las personas, en particular de los menores, en los procedimientos judiciales, con el fin de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas, y la ejecución de las resoluciones en materia de Derecho de familia.

Por otro lado, es preciso reforzar el reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil, simplificando el acceso a la justicia y mejorando el intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros.

Por tanto, el nuevo Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos.

7.JURISPRUDENCIA SOBRE SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES

7.1 STS 652/2017 Audiencia Provincial de Barcelona

Esta sentencia trata sobre un matrimonio de origen argentino que tiene un hijo llamado Jesus. Se separan, y es cuando la custodia pasa a ser de Cirilo, el padre. Siendo Jesus un recién nacido sus padres autorizan a la hermana de Cirilo, Consuelo, a que el bebé viaje con ella a España, en principio por un periodo de un año.

Cirilo se presenta en España al segundo trimestre con autorización de la madre del bebé para llevárselo de vuelta a Argentina. Consuelo y su pareja no entregan al bebé a su padre, quien se vuelve a Argentina e interpone una demanda contra Consuelo pidiendo la restitución del menor.

En primera instancia el Ministerio Fiscal insta a Consuelo a devolver al niño y afrontar los costes de dicha devolución. Consuelo decide recurrir, e indica que su hermano nunca ha ejercido la custodia de su hijo, ni se ha encargado de él. Señala además, que el niño no tendrá una madre que se haga cargo de él si vuelve a Argentina.

Cirilo defiende que no hay prueba que muestre que no ejercía la custodia de su hijo de forma efectiva. Consuelo por su parte acaba por recalcar la buena sintonía que tenía con su cuñada, que a pesar de firmar la autorización a Cirilo, además firma ante notario su voluntad de que Consuelo pueda adoptar al bebé. Además, Consuelo señala que su hermano es un hombre agresivo y con problemas legales.

El fallo termina por dar la razón a Consuelo, y por lo tanto no se restituye al menor. El fallo se basa en el apartado A del art. 13 del Convenio, Cirilo no demostró que cumpliera con su obligación de custodia sobre Jesús.

7.2 Caso Juana Rivas

El caso Juana Rivas ha sido de los más sonados recientemente, Juana Rivas inició una relación sentimental con Francesco Arcuri, en el año 2004, en Londres, posteriormente, tuvieron dos hijos, el mayor nacido en España y el menor en Italia.

Al poco de nacer el hijo mayor, Juana Rivas asegura que empezó a padecer tratos vejatorios por parte de su pareja hasta tal punto que un día necesitó asistencia médica. Esto provocó una sentencia fechada en 2009 por la que se condena a Francesco Arcuri a un delito de lesiones, lo cual provocó la separación de la pareja.

Más tarde, la pareja retoma la convivencia y nació su segundo hijo pero los malos tratos no cesaron. Meses más tarde y de común acuerdo, Juana Rivas se desplaza con sus hijos desde Italia hasta España para pasar unas vacaciones en familia, en el acuerdo hay una fecha de salida y otra de regreso al domicilio familiar.

Ya en España, Juana Rivas decide unilateralmente no regresar a Italia en la fecha acordada con el padre de sus hijos. Decide interponer en Granada una denuncia por malos tratos que es desestimada por considerar que los hechos denunciados no eran competencia del juzgado por haberse cometido en Italia, donde son competentes sus tribunales.

El padre decide acogerse al Convenio de la Haya de 1980, e interpone demanda de sustracción de menores exigiendo la inmediata restitución de sus hijos. A Juana Rivas se le comunica mediante auto que debe personarse en tiempo y forma para el acto de entrega de los menores, esta no comparece por lo que el Juez dicta una orden de detención contra ella.

Juana Rivas intenta recurrir las decisiones judiciales alegando que se podría producir un daño irremediable en sus hijos si vuelven con su padre y para evitar entregar a sus hijos decide desaparecer.

El inicio de esta *litis* dentro de la Jurisdicción Española comienza con la no presentación y no entrega de los menores, a instancia de la jurisdicción italiana. Este hecho da a lugar a la interposición por la parte acusadora de un escrito solicitando la inmediata restitución de los menores sustraídos, basándose en el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granada, en el que explica que la fecha de entrega era el 26 de Julio de 2017, y al no haberse concluido por causa no imputable a él, solicita la inmediata restitución de los menores sustraídos por parte de la progenitora al no haberlos entregado en tiempo y forma tras los requerimientos anteriores por parte del/los Juzgado/s que del caso entendieron.

La Audiencia de Granada ha confirmado la condena a cinco años de prisión por dos delitos de sustracción de menores impuesta a Juana Rivas por el Juzgado de lo Penal 1 tras permanecer en paradero desconocido en el verano de 2017 junto a sus dos hijos para no entregárselos al padre.

La Sección Primera, según recoge la sentencia, ha estimado de forma parcial el recurso de apelación presentado por Rivas contra el referido fallo y ha rebajado la indemnización por daño moral a su expareja Francesco Arcuri de 30.000 a 12.000 euros, aunque mantiene "íntegros" los demás pronunciamientos.

La Audiencia desestima por tanto la práctica totalidad de los motivos alegados por la defensa de Rivas y, examinadas detenidamente las pruebas practicadas, no aprecia que el juez de lo Penal haya "errado" en la valoración de la prueba.

Además de a los cinco años de cárcel, Juana Rivas fue condenada a seis años de inhabilitación para la patria potestad de sus dos hijos y el fallo ahora confirmado por la Audiencia la obligaba también a pagar las costas procesales, incluidas las de la acusación, y a indemnizar a Arcuri, condenado en 2009 por maltrato y al que ella volvió a denunciar en 2016. El fallo está recogido en la sentencia num. 257/18. JUZGADO DE LO PENAL N° 1 GRANADA.

Puedo pensar en la posibilidad que hay de que la madre se acogiera al artículo. 13.b del Convenio de la Haya de 1980, para evitar la devolución de sus hijos a su padre acreditando la existencia de malos tratos, pero Juana juega con varios puntos en contra:

- No interpuso denuncia en Italia por malos tratos desde la llegada al mundo de su segundo hijo.
- Esperó a llegar a España con sus hijos para denunciar la situación, es decir, la sustracción ya se había cometido.
- No hay testigos que corroboren su situación.
- No existen informes médicos ni psicológicos que avalen el temor hacia su pareja.
- Los menores están con su padre desde 2017 tras pasar pruebas psicológicas que demostraron que no tenían ningún temor hacia su padre.

En este caso, aunque se tuviera la posibilidad de agarrarse a este artículo, su función principal la ha perdido, puesto que los menores ya han sido devueltos.

7.3 Caso Leticia Morancho

Leticia Morancho y su pareja se conocieron en Madrid y fueron pareja de hecho hasta que decidieron acabar con la relación, momento en el que el juez a ella le da la custodia. En el otoño de 2006, el padre le pidió que le dejara llevar a la hija a Irak para que conociera a su familia y ya no la volvió a ver más.

Ya en Irak, el padre falseo los documentos que necesitaba para aparentar que todo era legal, momento en el que ella descubre que llevaba desde 1994 empadronada y casada en Bagdag. Leticia Morancho denuncia la situación ante las autoridades iraquíes que condenan al hombre a 14 años de cárcel.

Para poder recuperar a la niña tuvo que intervenir el Ministerio de Asuntos Exteriores, quien preparó una reunión con diplomáticos, poder judicial y Gobierno iraquí, haciéndose cargo de los gastos del segundo viaje de la madre.

CONCLUSIONES

La sustracción internacional de menores, como recordaremos, se produce cuando un progenitor que no tiene atribuida legalmente la guarda y custodia del menor, lo traslada sin el consentimiento del otro progenitor a un país distinto de donde reside habitualmente, o también se comete cuando el progenitor que no cumple los términos de custodia o derechos de visitas de a sentencia.

En las situaciones de sustracción internacional hay que tener en cuenta que mínimo entran en juego dos Estados diferentes, teniendo en cuenta que cada uno de ellos tiene sus legislaciones, peculiaridades y culturas que se deben salvar pero que hacen de estos casos algo complejo y dificultoso, lo primero porque hay menores en el caso y después por las diferencias anteriormente expuestas. Son casos muy delicados, puesto que los menores pueden llegar a sentir que no pertenecen a ningún sitio. El nuevo Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos, debido a sus mejores normas y más claras, supresión del *exequatur* y la armonización de normas en el proceso de ejecución.

La sustracción de menores es una materia sensible, multidisciplinar, con diferentes vías de actuación que conviven de forma paralela. El elenco de normas adoptadas en la materia en las últimas décadas junto con el establecimiento de mecanismos como la acción de restitución inmediata o la eliminación del *exequatur* en la UE, denota el esfuerzo del legislador por dotar a esta problemática de medios y cauces jurídicos eficaces para luchar contra este fenómeno, pero la práctica obstaculiza la pronta resolución de algunos casos por múltiples factores, como por ejemplo, padres que esconden a sus hijos, falta de cooperación de las autoridades extranjeras, falta de formación de los operadores implicados, plazos cortos en los instrumentos aplicables para cuya satisfacción las administraciones no siempre cuentan con los medios ni la formación suficientes, corrupción, lentitud de los sistemas judiciales, colisión de culturas sociales y jurídicas con sistemas patriarcales que discriminan a las madres o proteccionistas con sus nacionales...

Cada vez son más los casos de sustracción internacional de menores que nos encontramos, incluida España. Esto tiene relación con la facilidad existente para moverse de un país a otro y a la existencia de parejas con diferentes nacionalidades.

Es interesante destacar la prevención en esta materia, asignatura pendiente tanto en España como en el resto de países de Europa. Entre otras medidas se barajan la retirada del pasaporte, asumir la tutela del niño, decidir la colocación de pulseras GPS para controlar los movimientos del menor o decretar la obligación de los progenitores de firmar diariamente ante la Policía. Todo con el fin de evitar la salida del menor del país.

Esta exposición nos sirve para argumentar la necesidad de colaboración entre profesionales de los Estados, y a impulsar la mediación, desde mi punto de vista, y aunque en España aún no se ha desarrollado en demasía la práctica de la mediación (esperemos que por poco tiempo), sería interesante que en este tipo de casos de especial dificultad y fragilidad se instaurase la mediación, es una herramienta que podría minimizar los perjuicios y ayudar de una manera más fácil a, por lo menos, instaurar un régimen de visitas cuando no hubiera posibilidad de retorno del menor o mientras el caso es resuelto.

Me gustaría rescatar en qué consiste la mediación y que objetivos persigue. No cabe duda que la mediación contenga un aspecto jurídico, pero no es menos cierto que hablamos de un instrumento que proporciona el poder llegar más al fondo de la cuestión, de donde radica el problema. ¿Por qué? Porque el núcleo del problema normalmente se encuentra entre los progenitores, es decir, en su contexto familiar. A veces por cuestiones fácticas, otras por diferencias personales entre las parejas, y otras por presiones ejercidas desde agentes externos. Por lo tanto, desde mi punto de vista la mediación se contempla como un vínculo que se genera para satisfacer las demandas de los padres para poder estudiar de qué manera se puede trabajar con ellos y llegar a un punto en común. Entonces, la mediación consiste en una actividad de acción de campo, campo familiar. La finalidad primordial es conseguir el mejor contexto para el menor, normalmente el más vulnerable, por lo tanto para ayudarle, lo más conveniente es ayudar primero a los padres a solucionar sus problemas.

La mediación se interpone como un componente imparcial, neutral, que debe generar conciencia, empatía y responsabilidad entre las partes a través de un nexo

transparente, una comunicación íntima y de confianza, donde el receptor entienda que se le escucha y se trata de entenderle. Lo más importante para las personas es que sientan que el que está enfrente tenga la capacidad de ponerse en su piel. Con dicho instrumento conseguimos agilidad y flexibilidad a la hora de poder extraer la información necesaria que nos lleve al origen del problema. Es un trabajo que requiere cualificación, entiendo que un mediador cualificado para casos de sustracción internacional de menores, debería tener el apoyo de otro colega mediador para cada uno tratar con cada progenitor y conseguir así una mediación personalizada. Cuando hablo de mediación cualificada me refiero que estos agentes mediadores deben poseer aptitudes en el campo de la comunicación, conocimientos socioculturales referentes a los países implicados, puesto que en muchos casos en terceros países entran las variables socioculturales, religiones, las cuales no afectan solo a la familia, sino que sus sistemas educativos, sus órganos administrativos, judiciales, se encuentran completamente influenciados por dichos elementos socioculturales y sus normas. Esto supone una cuestión realmente compleja para que las autoridades judiciales de los países se pongan de acuerdo y trabajen de forma conjunta, por eso la mediación además de evitar procesos contenciosos entre países, propone procedimientos menos costosos y más ágiles para llegar antes a un acuerdo amistoso entre las partes. Con esto entiendo que otra ventaja no menos importante es la reducción de trabajo para los órganos judiciales.

No quiero olvidarme de destacar que el Convenio de la Haya de 1980 refleja la creciente importancia de la mediación en estos casos de sustracción internacional, de hecho existen procesos como el de Malta, proyecto que promueve el dialogo entre autoridades administrativas y judiciales de los Estados. Por otro lado, existen las creaciones de convenios bilaterales con los que se está trabajando y donde se tiene muy en cuenta la acción de la mediación.

El Convenio de la Haya se centra en garantizar que en estos casos se ejerza el derecho de custodia, esto dificulta mucho los casos en los que el infractor no ejerce el derecho de custodia, sino el de visita. En estos casos es a través de la mediación como se consigue acelerar la consecución de un acuerdo amistoso o reducir los tiempos en el supuesto de una restitución.

Para terminar, me gustaría aclarar que la mediación en la sustracción internacional de menores, sirve para evitar dilatación en los procedimientos judiciales, evitar sustracciones futuras y conseguir conservar las relaciones familiares, puesto lo interesante es que prevalezca el interés del menor. Puede desempeñar dos funciones, una preventiva y otra posterior al hecho de secuestro del menor. En el supuesto post-secuestro, como ya he señalado anteriormente, la mediación proporciona agilidad, pero tengo verdadero interés en dar valor a la primera función, la preventiva, ya que según mi opinión creo que lo mejor que se puede hacer con un problema no es solucionarlo sino evitarlo. Me explico, hay Estados que sólo contemplan la mediación una vez se ha iniciado el proceso judicial, pero creo necesario que eso cambie y que los Estados tengan en cuenta lo importante que es una mediación preventiva, ya que analizando el caso desde su origen y con la ventaja de establecer un contacto menos rígido que el que se puede respirar en un juzgado, podrá dotarse de la información pertinente a los progenitores para que ellos mismos sean conscientes de que una sustracción de un menor no es el camino, con ello evitaríamos muchos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- BORRÁS, A. Informe from Brussels to Brussels bis. 2014. P.9.
- CALVO ARAVACA, A. Derecho Internacional Privado, VOL I, Granada, 2018.
- DE LA ROSA CORTINA, J. Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Tirant lo Blanch, 2010. P.15.
- ESPINOSA CALABUIG, R. Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo. Marcial Pons, 2007. P.266.
- FERNÁNDEZ ROJAS, J. Derecho Internacional Privado. Madrid, 2019.
- HIJAS FERNÁNDEZ, E. Los procesos de familia. Una visión judicial. Colex. Madrid. 2012. P.514.
- LLORIA GARCÍA, P. Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar. Madrid. 2008. P.195.
- MARÍN PEDREÑO, C. Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor. 2015. P. 36.
- PRIETO DE LOS MOZOS, P. Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores. Tratado de mediación. Tomo III. Tirant lo Blanch. 2017. P. 710.
- REIG FABADO, I. El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores. Revista de Derecho, nº 20. 2015.
- CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZALEZ, J. (2018): Derecho Internacional Privado.
- Convenio de Luxemburgo de 20 de Mayo de 1980.

- Reglamento (UE) 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.

FUENTES NORMATIVAS:

Aplicación práctica del Convenio y Reglamento 2201/2003. Disponible en:

http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_6_ES.pdf

Castelló Pastor, J. Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional. Disponible en:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/4137/2666>

Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas nº 377/2017 de 29 de junio. Disponible en:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/4401/2946>

De Ruitter, A. La voz del menor en la sustracción internacional de menores. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Comunicaci%C3%B3n%20Adriana%20de%20Ruitter.pdf?idFile=87fe9e9b-de84-4b4a-91a9-d1b08cf81fda

Guía de buenas prácticas. Medidas de aplicación interna. Disponible en:

<https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>

Listado países integrantes del Convenio de la Haya. Disponible en:

<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24#nonmem>

Oficina permanente de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado. Interpretación del concepto del derecho de custodia. Disponible en:

<http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14s.pdfConclusiones>

Prieto de los Mozos, P. Diez años de aplicación del Reglamento Bruselas II. Disponible en:

<https://eprints.ucm.es/27863/1/Bruselas%20II%20bis%2010%20a%C3%B1os.pdf>

Comunicado de prensa del Consejo de Europa, 25 de junio de 2019. Disponible en:

<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/06/25/more-effective-rules-to-deal-with-cross-border-matrimonial-matters-and-parental-responsibility-issues/>

Noticia caso Leticia Morancho. Disponible en:

https://www.larazon.es/historico/1623-condenado-a-2-anos-por-estafar-a-la-madre-de-la-nina-espanola-retenida-en-irak-HLLA_RAZON_418761

Convenio de Luxemburgo de 20 de Mayo de 1980.

Reglamento (UE) 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

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas nº 377/2017 de 29 de junio.
- Caso W. and B. vs. H. de 2002 entre Reino Unido y EEUU.
- Auto del Juzgado de Instrucción, nº 2 de Granada 8 agosto 2017 JUR\2017\206335.
- JUZGADO DE LO PENAL N° 1GRANADA S E N T E N C I A NUM. 257/18.
- Auto del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Granada, 20 julio 2016, (JUR\2017\216262).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 652/2017 de 13 de julio.