



LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: REGULACIÓN COMUNITARIA E INTERNACIONAL

**INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION: COMMUNITY AND
INTERNATIONAL REGULATION**

**Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria de julio**

Realizado por la alumna Dña. Julia Real Alemán
Tutorizado por la Profesora Dña. Begoña I. Delgado Castro.
Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa
Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado.



ABSTRACT
<p>International child abduction it's a problem that persists nowadays, were one of the progenitors moves or retains the child unlawfully in a state other than the habitual residence thus violating the legal provisions. The object of study of this work focuses on the analysis of its main normative, these being the Brussels II bis and the 1980 Hague Convention, making reference to its mechanisms of restitution, the reasons for denial and lastly, the new changes that are introduced by the Regulation 2019/1111 of the Council of June 25, 2019 on jurisdiction, recognition and enforcement in matrimonial matters and parental responsibility and on international child abduction, which will enter in vigor on 2022.</p> <p>Key Words: International child abduction, best interests of the minor, Brussels II bis and 1980 Hague Convention.</p>

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)



La sustracción internacional de menores se trata de un problema de plena actualidad, en el que uno de los progenitores traslada o retiene al menor de manera ilícita en otro Estado distinto al de su residencia habitual, vulnerando así las disposiciones legales. El objeto de estudio de este trabajo se centra en el análisis de sus principales fuentes normativas, que son el Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de la Haya de 1980, haciendo alusión a sus mecanismos de restitución y las causas de denegación y por último, los nuevos cambios que se añaden por el Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional de menores, que entrará en vigor en 2022.

Palabras clave: Sustracción internacional de menores, interés superior del menor, Reglamento Bruselas II bis y Convenio de la Haya de 1980.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....	6
2. LA REGULACIÓN INSTITUCIONAL E INTERNACIONAL.....	10
2.1.- REGLAMENTO 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de NOVIEMBRE de 2003, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL.....	12
2.1.1.- Ámbitos de aplicación	12
2.1.2.Procedimientos de restitución del menor y causas de denegación	13
2.2.- CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, HECHO EN LA HAYA EL 25 DE OCTUBRE DE 1980	20
2.2.1. Ámbitos de aplicación.....	20
2.2.2.- Procedimientos de restitución del menor	21
3.- EL NUEVO REGLAMENTO UE 2019/1111 DEL CONSEJO, DE 25 DE JUNIO DE 2019, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	25
4.- CONCLUSIONES	34
5.-BIBLIOGRAFÍA	36
5.1.-LEGISLACIÓN.....	37
5.2.- JURISPRUDENCIA.....	38
5.3.- WEBGRAFÍA	39

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de este trabajo es la sustracción internacional de menores, concebida como el traslado ilícito del menor, por parte de un progenitor mediante decisión unilateral, es decir, sin autorización judicial o consentimiento del otro progenitor, a otro Estado distinto al de su residencia habitual, con infracción de las disposiciones legales.

Dicha sustracción, es un problema que permanece en la actualidad, y el cual exige respuestas transfronterizas cada vez más amplias, ya que se incrementa el número de países involucrados en estas situaciones.¹

Al objetivo de dar una respuesta adecuada a este problema responde la existencia de fuentes normativas comunitarias e internacionales, en el entendimiento de que necesariamente se requiere del esfuerzo conjunto y la cooperación entre los Estados, que han de estar presididos en todo caso por el interés superior del menor. Por ello, este trabajo se centrará en el estudio de las principales normas en la materia, que vienen en la actualidad constituidas por el Reglamento (CE) 2201/2003, 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, también conocido como Bruselas II BIS y en segundo lugar, de naturaleza convencional, el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho el 25 de octubre de 1980. Ello con independencia de otras menciones breves acerca de diferentes fuentes legales aplicables.

Por último, no puede dejar de hacerse mención al nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, 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, que será aplicable a partir del día 22 de agosto de 2022 y derogará, a partir de esa fecha, al Reglamento Bruselas II Bis. Las modificaciones que introducirá este nuevo texto serán asimismo objeto de análisis.

¹ PINEAU RODRIGUEZ, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimientos en Bruselas y la Haya”, Revista de Estudios Internacionales, núm. 35, 2018, pág. 2.

1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La sustracción de menores, también conocida como “legal kidnapping”, se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro infringiendo las disposiciones legales.²

Tradicionalmente este problema ha venido sucediendo cuando, después de un divorcio, el progenitor al que se le había reconocido el llamado “derecho de visita”, aprovechaba dicho momento para sustraer consigo al menor, trasladándolo a otro país diferente al de su residencia habitual, intentando por medio de los tribunales de este Estado de acogida conseguir el derecho de custodia con la finalidad de poder legalizar el secuestro.

Actualmente, sin embargo, la mayoría de los casos de secuestro se dan por la parte materna, quienes tienen la custodia, aunque también hay casos donde ambos progenitores tienen la custodia y sustraen al menor con la finalidad de que el otro no pueda ejercer su derecho atribuido, ya sea el derecho de custodia o el derecho de visita.

Sobre ambos derechos, el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980, en su artículo quinto, define el derecho de custodia como aquél “(...) relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia” y el derecho de visita que se basa en el “(...) derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

Asimismo, el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución judicial en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en su artículo 2, apartados 8 y 9, también aporta unas definiciones similares a las citadas. En concreto, respecto al derecho de custodia, también cabe mencionar que el artículo 2, número 11 letra a) del Reglamento, determina

² CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Ed. Comares, Granada, 2018, pág. 489.

que se obtiene mediante “*ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención*”.

Dicho precepto citado no establece quién es la persona que debe ostentar el derecho de custodia, que pueda considerar el carácter ilícito el traslado de un menor, pero sí que se remite al ordenamiento jurídico donde el menor tiene su residencia habitual antes de llevar a cabo dicha acción. De este modo, será la normativa de dicho Estado miembro la que determine las condiciones de adquisición del derecho de custodia. Sobre esta cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pronunció acerca de que la exclusión absoluta de la posibilidad de obtener dicho derecho conlleva a la vulneración del artículo 14 del CEDH ³

Respecto a los problemas que puede ocasionar la sustracción de menores, el principal se produce en el menoscabo del interés superior del menor en lo que se refiere al vínculo con el progenitor requirente, al ser alejado de su entorno familiar, social y escolar en el que ha vivido.⁴ Precisamente es el interés superior el principio fundamental que preside la actual regulación en la materia y a cuya protección se dirigen las soluciones previstas.

En relación con el principio del interés superior del menor, el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga a éste el derecho a que se le considere y se tenga en cuenta de manera primordial su interés en todas las medidas y decisiones de las que pueda verse afectado, ya sea en la esfera pública como privada.⁵

El Comité de los Derechos del Niño considera que este concepto del interés superior del menor, tiene una triple vertiente, señalando lo siguiente:

³ STJUE (Sala tercera) Caso J. McB. contra L. E, de 5 de octubre de 2010. (As. C-400/10 PPU).

⁴ VICARRET TESSORE, L: “Aspectos procesales de la restitución internacional de menores entre el Reino de España y Uruguay: «El caso María»”, Bitácora Millennium DIPr, núm. 7º, 2018, <http://www.millenniumdipr.com/bitacora>

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño: “Observación general N°14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.”, 2013, <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, págs. 259 y ss.

- Que se trata de un derecho sustantivo, debido a que el interés superior del menor a la hora de sopesar la toma de decisiones tiene que ser considerado de manera primordial como garantía.
- Que es un principio jurídico interpretativo fundamental, puesto que, si caben varias interpretaciones, se escogerá la que satisfaga de manera más efectiva el interés del menor.
- Y que es una norma de procedimiento en cuanto a que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un menor o grupo de menores, el proceso de adopción de decisiones deberá de establecer las posibles repercusiones que puede tener dicha resolución. Por ello que los Estados parte deberán explicar al detalle cómo se ha respetado dicho derecho en la toma de decisiones.

En este contexto el artículo 3, párrafo primero, de la Convención se ocupa de establecer el alcance de las obligaciones de los Estados parte, los cuales deberán respetar y velar para que este derecho del menor sea una consideración primordial, con la obligación de tomar las medidas que estimen necesarias para garantizar la efectividad de dicho derecho, como, entre otras, la obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas o la de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial.

Asimismo, en relación con el Convenio de La Haya de 1980, el interés del menor se encuentra presente, si bien no se incluye en ninguno de sus preceptos una expresa referencia, lo que puede tener explicación por no tratarse de un concepto de uso habitual, ya que se empezó a incorporar en 1989 como principio, derecho y norma procesal que debía de servir para configurar las normas relativas a la protección del menor. No obstante, pese a su ausencia, en el texto se encuentra de manera implícita en sus respuestas,⁶ como así se evidencia en su Preámbulo, al señalar que “los intereses del

⁶ PINEAU RODRIGUEZ, E.: *op.cit.*, pág. 6.

menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.

Precisamente, en el marco de dicho Convenio, tanto el Tribunal Constitucional Español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideran que el interés superior del menor *“constituye un parámetro habitual en la interpretación, que en ocasiones como elemento que permite superar lo que se entiende como rigidez o falta de adecuación de las normas.”*⁷

La Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero, resulta paradigmática en cuanto incluye dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24 CE la necesidad de que las resoluciones judiciales, en aras a su debida motivación, ponderen la situación del menor en cuanto a la determinación de su interés superior. En este asunto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2015 recurrido, que ordena el retorno de un menor al considerar que se había producido su traslado ilícito, parte del marco normativo del Convenio de La Haya de 1980. El Tribunal Constitucional fundamenta la necesaria motivación en estos casos señalando que *“(…) cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que “con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1).”*, por lo debe prevalecer siempre el interés del menor respecto a la toma de decisiones y que es lesiva desde el punto de vista constitucional la falta absoluta de dicha ponderación.⁸

⁷ Idem, pág7.

⁸ STC 16/2016 (Sala segunda del Tribunal Constitucional), de 1 de febrero de 2016. (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016)

En este mismo sentido se pronuncia asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 23 de enero de 2017, en la que se destaca la vinculación de la sustracción internacional de menores con los derechos fundamentales, que ha sido objeto de desarrollo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, junto con el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950⁹, determinando así lo siguiente: *“El propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha puesto de relieve en reiterada jurisprudencia, que el respeto a los derechos fundamentales tanto del menor como del progenitor ilegalmente privado de su derecho a relacionarse con su hijo o a tenerlo en su compañía por haberse visto envuelto el menor en una sustracción internacional por parte de su otro progenitor, tiene una necesaria vinculación con el proceso civil. En efecto, en los procesos relativos a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional deben ser absolutamente prioritarios el interés superior del menor, en su vertiente sustantiva, y la celeridad, en su dimensión procesal”*¹⁰.

2. LA REGULACIÓN INSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

En la actualidad son principalmente dos los instrumentos normativos que tratan de dar respuesta a la problemática de la sustracción internacional de menores, ofreciendo soluciones que persiguen la pronta restitución del menor:

- Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, aunque, como ya se ha señalado, a partir del 22 de agosto de 2022 dejará de estar vigente al ser aplicable el nuevo Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el

⁹ Artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950: *“Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

¹⁰ SAP GI 15/2017 (Sección primera de la Audiencia Provincial de Girona), de 23 de enero de 2017 (rec. núm. 51/2017).

reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción de menores.

- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1980.

Junto a los textos citados, es preciso hacer mención asimismo al Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, que hace frente al secuestro internacional de menores a través del exequátur. Mediante dicho mecanismo, cuando el traslado del menor a otro país se ha hecho infringiendo una sentencia cuyo contenido es la determinación de la custodia o el derecho de visita a uno de los progenitores, este podrá instar en el país donde se halle el menor el exequátur de dicha resolución. Una vez obtenido, la sentencia se ejecutará en el país donde se encuentre el menor, ordenando la restitución de éste al lugar de donde fue ilícitamente trasladado.

No obstante, en la actualidad este Convenio es de escasa aplicación práctica, principalmente porque el exequátur es un trámite que se considera lento y costoso, por lo que los particulares prefieren ejercitar la “acción directa de retorno”, contemplada en el Convenio de la Haya de 1980, debido a que es más eficaz que los mecanismos aportados por este Convenio de Luxemburgo y permite alcanzar la restitución del menor sin necesidad de exequátur. Otra de las razones radica en que el Convenio de Luxemburgo no es aplicable a las relaciones entre los Estados de la Unión Europea, desde la entrada en vigor, el 1 de marzo de 2005, del Reglamento Bruselas II Bis, lo que conlleva a dicha reducción en su campo de acción.¹¹

La normativa institucional e internacional citada se complementa, ya en el plano interno, por lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Libro IV, Título I, relativo a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, que establece en su Capítulo IV Bis un procedimiento especial relativo a la

¹¹ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 492.

restitución o retorno de menores en estos supuestos de sustracción internacional y que rige exclusivamente en desarrollo de los convenios internacionales y de la normativa europea en la materia (artículos 778 quáter a 778 sexies).¹²

2.1.- REGLAMENTO 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de NOVIEMBRE de 2003, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA PATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL

2.1.1.- Ámbitos de aplicación

Los ámbitos de aplicación de este Reglamento son los siguientes:

- *Ámbito subjetivo*

El ámbito subjetivo requiere del cumplimiento de dos condiciones:

- El menor afectado debe tener su residencia habitual en un territorio de un Estado miembro, en función de lo establecido en el artículo 61 a).

- Debe tratarse de un menor de edad. No obstante, en este punto nos encontramos con que, a diferencia del Convenio de la Haya de 1980, en esta norma institucional no se aporta una definición concreta de qué se entiende por menor de edad. Por lo tanto, se debe aplicar la norma de conflicto de derecho autónomo, que se encuentra en el artículo 9.1 del Código Civil y determina que se regirá por la ley de su nacionalidad, en este caso la del menor.

- *Ámbito material*

El artículo 1.1 b) establece que será de aplicación “a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”,

¹²FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S: *Derecho Internacional Privado* Ed. Civitas-Thomson Reuters, Novena Edición, 2016, págs. 414-415.

especificando, el apartado 2 de este mismo artículo 1, las materias concretas a las que se refiere el primero, entre ellas, el derecho de custodia y de visita.

- *Ámbito territorial*

El Reglamento se aplicará a todos los Estados miembros de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca, como así se establece en su artículo 2.3 y el considerando 31.

- *Ámbito temporal*

El Reglamento entró en vigor el 1 de agosto de 2004, aplicándose desde esta fecha los artículos 67, 68, 69 y 70. El resto de los preceptos empezaron aplicarse a partir del día 1 de marzo de 2005.

En aquellos casos en los que se cumplan estos criterios, según el artículo 60, el Reglamento será de aplicación preferente, impidiendo la aplicación de otros textos normativos y, singularmente, del Convenio de la Haya de 1980 y del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980.

2.1.2 Procedimientos de restitución del menor y causas de denegación.

Como señala CALVO CARAVACA, el Reglamento Bruselas II bis regula tres posibles mecanismos de restitución del menor cuando éste ha sido trasladado ilícitamente desde un Estado miembro de la UE a otro Estado miembro.¹³

1º.- La acción directa de restitución:

En primer lugar, se puede ejercitar la llamada “acción directa de restitución”, que se caracteriza porque se ejercita ante las autoridades del Estado miembro donde se encuentra el menor que ha sido trasladado de manera ilícita.¹⁴

¹³CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 516.

Esta acción viene regulada en el artículo 11, apartados 2 a 5, que regulan esta acción mediante remisión a los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980, pero introduciendo al mismo tiempo ciertas modulaciones.

Las opciones del legislador comunitario a la hora de regular esta acción directa eran diversas. Así, se podía en primer lugar haber efectuado una remisión al Convenio de la Haya de 1980, de tal forma que se aplicaran los preceptos de éste sin alteración alguna, tanto en las relaciones entre los Estados miembros como en sus relaciones con terceros Estados (*tesis unitaria*). En segundo lugar, podía haber optado por incluir en el Reglamento una regulación completa de esta acción directa, sin remisión alguna al convenio de la Haya, produciendo así el desplazamiento total de éste (*tesis del desplazamiento total*), de modo que el Reglamento Bruselas II bis se aplicara en las relaciones entre los Estados miembros y que el Convenio de la Haya de 1980 dejara de aplicarse, en dichas relaciones. Sin embargo, el legislador comunitario decidió remitir el Reglamento Bruselas II bis al Convenio de la Haya de 1980, pero alterando las reglas jurídicas a seguir en el ejercicio de la acción de restitución del menor sustraído de manera ilícita, lo que complica la aplicación de sistema¹⁵

Esta regulación alterada establecida por el Reglamento Bruselas II bis se aplica con primacía sobre el Convenio de la Haya de 1980, lo que supone que cuando el menor se encuentra en un Estado miembro y se solicita su restitución a otro Estado miembro, se aplica esta última normativa respecto al Convenio¹⁶.

Y en función de las alteraciones del Convenio de la Haya realizadas por el Reglamento Bruselas II bis, su artículo 11 indica que se aplicará el Convenio, pero con las correcciones que dicho precepto emplea. En consecuencia, este conlleva una

¹⁴ PINEAU RODRIGUEZ, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimientos en Bruselas y la Haya”, Revista de Estudios Internacionales, núm. 35, 2018, pág.19: “No obstante, hay quienes consideran que dicho mecanismo de restitución directa sin necesidad de exequátur no es del todo correcto debido a que entienden que no asegura del todo el principio de confianza entre los Estados miembros, porque hace imposible la oposición a la ejecución y desaparece el control por parte del Estado requerido.”

¹⁵ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 518.

¹⁶ *Ibidem*.

incorporación por referencia de las normas del citado Convenio de la Haya de 1980, que se aplicarán como las normas del Reglamento Bruselas II bis, pese a que hayan sido copiadas de la normativa convencional y no como normas del convenio “strictu sensu.”¹⁷

Por último, la incorporación del Convenio efectuada por el Reglamento tiene como consecuencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para poder interpretar las normas del Convenio de la Haya de 1980, debido a que estas han sido copiadas o incorporadas en el Reglamento Bruselas II bis o en cuanto dicha normativa institucional se remite a las normas del Convenio.¹⁸

Las modulaciones introducidas por el Reglamento tratan de mejorar la regulación convencional, como se aprecia en un análisis comparativo de ambos textos. Así:

- Ambos textos contemplan la audiencia del menor durante el proceso, a menos que no se considere conveniente habida cuenta de su grado de madurez, por lo que la norma comunitaria refuerza este principio.

- En cuanto a los plazos que fijan ambas normas, el Convenio establece que las autoridades actuarán con urgencia en los procedimientos de restitución y si en el plazo de seis semanas no se hubiera alcanzado una resolución, se podrá solicitar por la Autoridad Central del otro Estado una declaración sobre las razones de la demora (artículo 11).

La actuación urgente de las autoridades también se contempla en el Reglamento, pero, a diferencia del Convenio, se impone un plazo de resolución de seis semanas, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible (artículo 11.3).

- El Reglamento contempla una exigencia no prevista en el Convenio para aquellos casos en los que se pretenda denegar la restitución del menor y es que ésta no podrá decidirse sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó

¹⁷ Idem, pág. 519.

¹⁸ Idem, pág. 158.

su restitución (artículo 11.5), reforzando así los derechos de las personas implicadas en el proceso.

- Por último, en cuando a los motivos de denegación de la restitución contemplados en el Convenio (artículos 13 y 20), únicamente se introduce una modulación en cuanto a la causa prevista en el artículo 13.b) de aquél, pues no se podrá denegar tal restitución alegando 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.”*¹⁹, si se prueba que se han adoptado una serie de medidas adecuadas dirigidas a la protección del menor tras su restitución, cuestión criticada debido a que resulta difícil entender cuáles son aquellas oportunas para conseguir tal fin.²⁰

2º) Mecanismo subsidiario al primero: litigio sobre la custodia y orden de restitución en el Estado de la anterior residencia del menor (artículo 11, apartados 6 a 8).

En segundo lugar, en función de lo establecido en el artículo 11, apartados 6 a 8, se abre la posibilidad de litigar sobre la custodia del menor y la obtención de una orden de restitución en el Estado miembro de la residencia habitual de éste.

En el supuesto de que no se obtenga la restitución del menor mediante la acción directa, las autoridades del Estado miembro en el que se halla el menor remitirán la documentación correspondiente al Estado miembro donde éste tenía su residencia habitual, con la finalidad de que pueda instarse ante los tribunales de este último la custodia del menor.

Salvo que alguna de las partes hubiese presentado ya una demanda ante estos tribunales, después de haber recibido la correspondiente documentación, deberá notificarlo a las partes para que presenten las reclamaciones pertinentes ante este tribunal, solicitándose así la custodia.

¹⁹ Artículo 13 b) del Convenio de la Haya de 1980.

²⁰ PINEAU RODRIGUEZ, E.: *op. cit.*, pág.16.

En el caso de conseguirse la custodia por uno de los progenitores y la correspondiente orden de restitución, ésta podrá ser ejecutada sin necesidad de exequátur, siempre que concurren las condiciones establecidas en los artículos 40.1 b) y 42 del Reglamento Bruselas II bis.

Se requiere, conforme al artículo 40.1.b) que se trate de la restitución de un menor como consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución con arreglo al artículo 11.8 del Reglamento.

En este caso, esta resolución, de acuerdo con el artículo 42, será ejecutada y reconocida sin necesidad de ninguna declaración de ejecución y sin que quepa impugnación sobre su reconocimiento. Ahora bien, para que se produzca este efecto, resulta necesario que esta resolución haya sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de este artículo, que permite la emisión de este certificado únicamente si se cumplen las siguientes condiciones: *“a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.”*

Asimismo, siguiendo con el mismo artículo 42, en el caso de que se hayan adoptado medidas de protección del menor tras su restitución, deberán de exponerse en dicha certificación.

A tener de lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento Bruselas II bis, dicha certificación podrá rectificarse. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre ello dispone que *“según el vigésimo cuarto considerando del Reglamento, tal acción solo cabe en caso de error material, es decir, si el certificado no*

*refleja correctamente el contenido de la resolución judicial.*²¹ y tampoco cabe interposición de recurso, gozando automáticamente de fuerza ejecutiva.

3º.-Tercer mecanismo: exequátur de una resolución sobre custodia del menor.

Como tercer mecanismo, se contempla la posibilidad de litigar sobre la custodia del menor ante los tribunales del Estado miembro de la previa residencia habitual del menor y la posterior solicitud de exequátur de la resolución que conceda dicha custodia.

Este supuesto se trata de una alternativa a los dos procedimientos anteriores que consiste en acudir de manera directa a las autoridades del Estado miembro donde se encontraba la residencia habitual del menor para obtener el derecho de custodia. El Reglamento contempla en su artículo 10 la competencia judicial internacional en supuestos de sustracción internacional de menores en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. No obstante, esta competencia no tiene carácter permanente, tal como resulta de las limitaciones que establece el propio precepto. Así, estos tribunales perderán esta competencia cuando el menor haya adquirido su residencia habitual en otro Estado miembro y, además, concorra alguna de las circunstancias señaladas en las letras a) o b) del mismo artículo 10.

La competencia establecida en este artículo 10 por otra parte ha sido interpretada de forma restrictiva por el TJUE. Así, en el Caso Doris Povse contra Mauro Alpago, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hace varios pronunciamientos. En primer lugar, el artículo 10 letra b) inciso iv)²², se debe de interpretar de manera restrictiva y en el sentido de que una medida provisional debe considerarse como una resolución sobre la custodia que no implica la restitución a efectos de dicho precepto, por lo tanto no conlleva a entender que se produce una transferencia de la competencia hacia los

²¹ STJUE (Sala tercera), Caso Doris Povse contra Mauro Alpago, de 1 de julio de 2010. (TJCE/2010/246).

²² Artículo 10 letra b), inciso iv) del Reglamento Bruselas II bis: “*que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.*”

tribunales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado de manera ilícita y en segundo lugar, el artículo 10 como regla general, determina la competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes de su traslado, conservándose a menos que el menor haya adquirido otra nueva residencia en otro Estado miembro y si se cumple otros requisitos previstos en el citado artículo.²³

Por otra parte, también cabe la posibilidad de que los tribunales de la residencia del menor hubieran dictado una resolución que concede el derecho de custodia antes del traslado ilícito del menor.

Pues bien, volviendo al tercer mecanismo que comentamos, cabe entonces la posibilidad de solicitar la custodia ante estas autoridades siempre que no hayan perdido la competencia y, en caso de ser otorgada, podrá instarse el exequátur en el Estado donde se encuentra el menor, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 28 a 36 del Reglamento, que requiere la previa declaración de ejecutividad (artículo 28.1), que podrá ser denegada por alguno de los motivos previstos en los artículos. 22, 23 ó 24 (artículo 31.2). Además, contra la resolución que se dicte cabrán los recursos a los que se refieren los artículos 33 y 34. El exequátur en cualquier caso constituye una opción más lenta que los mecanismos anteriores. Igualmente, cabe la solicitud de exequátur en relación con una resolución dictada antes del traslado ilícito.

Ejemplo de este mecanismo es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de julio de 2017, que resolvió el recurso de apelación planteado contra sentencia dictada por Juzgado de Violencia número 2 de Palma en fecha 27 de febrero de 2017, que denegó el reconocimiento y ejecución de una Sentencia de 4 de mayo de 2016 dictada por un tribunal húngaro, que resultaba competente en virtud del art. 10 del Reglamento y que había ordenado la restitución de la menor a este país, por considerar que había sido trasladada ilícitamente por su madre a España. La Sentencia de la Audiencia, tras analizar los motivos de denegación de la declaración de

²³ STJUE (Sala tercera), Caso Doris Povse contra Mauro Alpago, de 1 de julio de 2010, As. C-211/10 PPU

ejecutividad previstos en el Reglamento, estima el recurso y ordena la restitución de la menor.

2.2.- CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, HECHO EN LA HAYA EL 25 DE OCTUBRE DE 1980

2.2.1. Ámbitos de aplicación

Los ámbitos de aplicación de este Convenio son los siguientes:

- *Ámbito subjetivo.*

El Convenio es aplicable con respecto a menores de 16 años que tuvieran su residencia habitual en un Estado contratante antes de que se cometieran los hechos que vulneran los derechos de custodia y de visita.

- *Ámbito material.*

En cuanto al ámbito material, el artículo uno de dicho Convenio, trata sobre materias relativas a la restitución de los menores “(...) *trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;*” así como “*velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.*”

- *Ámbito territorial.*

Respecto al ámbito territorial, será de aplicación a todos aquellos Estados que se hayan suscrito a dicha norma convencional.

- *Ámbito temporal.*

En relación a su ámbito temporal, en su artículo 43 establece las reglas relativas a su entrada en vigor para los países que se han adherido a este.

2.2.2.- Procedimientos de restitución del menor

El Convenio de la Haya de 1980 prevé un mecanismo de restitución basado en la acción directa, mediante la cual se pide la restitución inmediata del menor al país donde se encuentra su residencia habitual, y cuya finalidad radica en evitar la consolidación de la situación que ha conllevado el traslado ilícito.

En cuanto a la filosofía del Convenio, *“parte de la preservación del interés del menor identificado con la permanencia en su entorno vital y, consecuentemente en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado. El Convenio se inspira en el principio "solve et repete": primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre a quién corresponden los derechos de guarda y visita y el derecho a decidir sobre la residencia del menor. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del "status quo" mediante la 'restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante.”*²⁴

La acción que prevé el Convenio, no se destina a la obtención del derecho de custodia o del derecho de visita, más bien se trata de un sistema de cooperación entre autoridades, basada en que cada Estado parte designe una Autoridad Central que se encarga de una serie de cuestiones como localizar al menor, incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, etc.²⁵

En cuanto a los requisitos de dicha solicitud, en función de lo establecido en el artículo 8 del Convenio, deberá de expresar todas las partes afectadas y los motivos que llevan a reclamar el retorno del menor, con la correspondiente información acerca del lugar de residencia de éste.

²⁴ SAP GI 15/2017 (Sección primera de la Audiencia Provincial de Girona), de 23 de enero de 2017 (rec. núm. 51/2017).

²⁵ GUZMÁN ZAPATER, M: Lecciones de Derecho Internacional Privado, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 442.

Respecto a la legitimación para iniciar la acción, la ostenta cualquier persona, institución u organismo que considere que el menor ha sido trasladado de manera ilícita infringiendo así el derecho de custodia.

De estimarse la solicitud por la autoridad competente, cuando no haya transcurrido un plazo superior al año, se ordenará la inmediata restitución del menor. No obstante, si se supera éste, también procederá la restitución, salvo que se pruebe que el menor se encuentra integrado en su nuevo medio.

En aplicación de este Convenio de La Haya, la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 21 de junio de 2017 resolvió el recurso planteado contra la Sentencia de instancia en la que se había ordenado la restitución del menor a la guarda de su madre y residencia con la misma en Londres (Reino Unido), declarando que había existido una retención ilícita del menor en la isla de Gran Canaria por parte de su padre y de su abuela paterna. La abuela paterna recurrió la Sentencia sobre la base del artículo 12 del Convenio de la Haya, alegando que el menor se había integrado en la isla. El recurso fue desestimado, al constar varios informes en los que se concluía que el menor había llegado a dormir en casa de sus vecinos porque su padre era toxicómano y su abuela no se hacía cargo de manera continuada. Se tuvo en cuenta además que las alegaciones de la recurrente acerca del consentimiento de la madre a la residencia del niño en Gran Canaria y sobre la falta de ejercicio de la custodia por parte de aquélla no pudieron ser probadas.²⁶

El Convenio contempla motivos por los que la autoridad del Estado donde se encuentra el menor puede denegar la restitución:

La autoridad judicial o administrativa competente del Estado requerido, con base en lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, podrá oponerse a la restitución del menor, si la persona, institución u otro organismo prueba lo siguiente:

²⁶ SAP GC 977/2017 (Sección tercera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria) de 21 de junio de 2017. (rec núm. 594/2017).

En primer lugar, que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de manera efectiva el derecho de custodia en el momento en el que tuvo lugar el traslado o la retención o se hubiera consentido y aceptado dichas actuaciones.

En relación con dicha causa de denegación, en el año 2018 se presentó un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, donde el padre de la menor en cuestión pretendía que se declarara la ilicitud del traslado amparándose en el artículo 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que básicamente determina que cuando se ha producido un traslado o retención ilícita de una menor con residencia habitual en España podrá dirigirse ante la autoridad judicial competente para conocer del asunto. No obstante, se demostró mediante las pruebas documentales que el progenitor no se opuso en ningún momento a su traslado hacia Ecuador, puesto que era consciente de que la menor no se integraba en España y así se demostró mediante análisis psicológicos, entre otros documentos, por lo que no cabe considerar que se hubiese producido un traslado ilícito que implique una infracción del derecho de custodia²⁷.

En segundo lugar, que existe grave riesgo si se procede a la restitución del menor que ponga en peligro grave, ya sea físico o psíquico o de cualquier otra manera a éste.

Sobre esta cuestión, actualmente se puede decir que más del 70% de los casos de secuestro se da por parte de las madres que tienen reconocido el derecho de custodia, alegando que sufren violencia y abuso por parte del padre que ostenta el derecho de visita, llevándose así al menor a otro país distinto al de su residencia habitual.²⁸

Respecto a estas situaciones, el llamado “Caso María”, trata de una madre que se lleva a su hija de cuatro años de España a Uruguay con motivo de unas vacaciones y con previa autorización de su padre. No obstante, pasa un determinado plazo y no regresa, dándose así un supuesto de sustracción internacional de menores.

²⁷ SAP B 5359/2018 (Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona), de 25 de mayo de 2018. (rec núm. 185/2018).

²⁸ CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, pág. 489.

El padre de la niña comienza con los trámites oportunos para la restitución de su hija menor y la madre alega que no vuelve a España porque el padre ejercía violencia doméstica y sexual sobre ella y la menor, justificando dicho argumento con el inciso b) del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, que ya fue citado en esta segunda causa de denegación de restitución.

Para que la violencia alegada sea tomada en consideración debe de ser probada, y no meramente basarse en pericias sociológicas de que la niña presentaba adversión hacia su padre. El tribunal del estado requirente debe de valorar la existencia del abuso con la finalidad de privar al padre de la presencia de la hija.²⁹

El alcance de las excepciones sobre la violencia doméstica está ligado con la prueba, quienes denuncian dicha situación buscan la apertura de una investigación que de lugar a la declaración de la existencia de una situación de desprotección si se retorna al menor a su Estado de residencia habitual.³⁰

Por lo tanto, en materia de alegación de la excepción de violencia doméstica, es necesario que la parte que lo introduce en el proceso lo pruebe para que se tenga en cuenta.

Y en tercer lugar, puede darse la posibilidad de negar la restitución si se prueba que el menor se opone a ella y cuenta con un grado de madurez y una edad adecuada para la toma de decisiones.

Además de estas causas, en función de lo establecido en el artículo 20 de dicho Convenio, que se trata de una cláusula de orden público, también puede denegarse la restitución si se entiende que ésta vulnerara los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

²⁹ VICARRET TESSORE, L: *op. cit.*, pág. 6.

³⁰ Idem, pág. 7.

3. EL NUEVO REGLAMENTO UE 2019/1111 DEL CONSEJO, DE 25 DE JUNIO DE 2019, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El día seis de julio de 2019 fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE) 2019/2011, 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.³¹ que sustituirá en estas materias al vigente Reglamento Bruselas II bis a partir del día 1 de agosto de 2022, fecha en que comenzará a ser aplicable. ³²

El Consejo, órgano que reúne a los ministros del sector de los diferentes países miembros de la Unión Europea, ha establecido una regulación común de esta materia, ante la imposibilidad de darle una respuesta armonizada al sistema basándose solo en legislaciones nacionales y con el objetivo de facilitar la libre circulación de las personas, considerando este como un instrumento esencial.³³

Este nuevo Reglamento tiene su punto de origen en un informe de la Comisión Europea de 15 de abril de 2014, relativo al funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis, en el que si bien se concluyó que se trata de un instrumento que funciona satisfactoriamente y que ha beneficiado considerablemente a los ciudadanos, sin embargo *los datos y opiniones preliminares de los expertos indican que es posible mejorar las normas existentes*, entre ellas, por ejemplo, mediante la adopción de normas

³¹ INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Bruselas, 15.4.2014 COM (2014) 225 final.

³² DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

³³ MARTÍN ORGANISTA, V: “Novedades del Reglamento (UE) 2019/1111, en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Situación actual Covid-19”, *Civil, familia*. 2020.

mínimas comunes en relación con la audiencia del menor, con el fin de hacer más efectivas las órdenes de restitución en los supuestos de traslados ilícitos.³⁴

En general, las principales novedades que incorpora el Reglamento son las siguientes, tal como han sido expuestas por el Consejo de la UE en un comunicado de prensa de 25 de junio de 2019:

Uno de los objetivos principales de la revisión es mejorar las normas jurídicas que protegen actualmente a los menores en los litigios transfronterizos sobre responsabilidad parental, como los relacionados con la custodia, los derechos de visita y la sustracción de menores.

Ana Birchall, vice primera ministra en funciones y ministra de Justicia de Rumanía, ha señalado lo siguiente: «El interés superior y el bienestar de nuestros menores han de ser la consideración fundamental. Las nuevas normas que hemos acordado hoy garantizarán que la sustracción internacional de menores y otras cuestiones transfronterizas de responsabilidad parental se resuelvan con mayor rapidez y eficiencia; garantizarán también la rápida ejecución de las resoluciones correspondientes. El tiempo es un factor esencial, y es fundamental que las vidas de los menores no se vean indebidamente trastocadas por problemas relacionados con la cooperación judicial transfronteriza».

La nueva normativa modifica varios aspectos del Reglamento «Bruselas II bis» vigente, y prevé, en particular:

- *normas más claras sobre la posibilidad de que el menor exprese su opinión, con la introducción de la obligación de brindarle la oportunidad real y efectiva de expresar su opinión;*

³⁴ El Reglamento, de conformidad con su art. 105, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (apartado 1), si bien será aplicable a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que serán de aplicación a partir del 22 de julio de 2019 (apartado 2).

- *la supresión completa del exequátur para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, lo que ahorrará tiempo y dinero a los ciudadanos en los casos en que una resolución deba circular de un Estado miembro a otro. La supresión del exequátur va acompañada de una serie de salvaguardias procesales;*
- *normas mejores y más claras en relación con los casos de sustracción de menores dentro de la UE, con la introducción, por ejemplo, de plazos más claros para garantizar que estos casos se tramiten con la máxima rapidez;*
- *normas más claras sobre la circulación de los documentos públicos y los acuerdos extrajudiciales: el texto dispone que se autorice la circulación de los acuerdos en materia de divorcio o separación legal o en materia de responsabilidad parental siempre que vayan acompañados del correspondiente certificado;*
- *normas más claras en relación con el acogimiento de un menor en otro Estado miembro, previéndose, en particular, la necesidad de recabar la aprobación previa para todos los acogimientos, salvo los acogimientos con progenitores;*
- *la armonización de determinadas normas para el procedimiento de ejecución: aunque el procedimiento de ejecución sigue rigiéndose por el Derecho del Estado miembro de ejecución, el Reglamento incluye motivos armonizados de suspensión o denegación de la ejecución, lo que aumenta la seguridad jurídica para los progenitores y los menores.³⁵*

Centrándonos en el tema objeto de este trabajo, las principales novedades son las siguientes:

1.- Destaca en primer lugar la relevancia que se ha querido dar en el nuevo Reglamento a la sustracción internacional de menores, como evidencia no solo el propio título de la norma sino también el hecho de que se haya dedicado un Capítulo separado a la materia (Capítulo III, artículos 22 a 29), además de los preceptos relativos a la

³⁵ Comunicado de prensa del Consejo de la UE de 25 de junio de 2019 <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/>.

ejecución de resoluciones. Con ello, en el nuevo Reglamento, la sustracción internacional de menores cuenta con sustantividad propia.

2.- También con alcance general, es de resaltar que se refuerza el derecho del menor a expresar su opinión ya que en el Reglamento Bruselas II bis, la obligación de darle audiencia al menor solo se mencionaba en los preceptos dedicados al reconocimiento y ejecución, pero en el nuevo reglamento aparece de manera general en la competencia, por lo que el menor tiene derecho a expresarse y sus opiniones deben ser tenidas en cuenta, tanto en las decisiones que se adopten en responsabilidad parental como en materia de sustracción de menores.³⁶ El derecho del menor a expresar sus opiniones se recoge así en el artículo 21 en relación con los procedimientos de responsabilidad parental y en el artículo 26 para los procedimientos de restitución.

3.- Por lo que se refiere a los mecanismos de restitución, el nuevo Reglamento mantiene los ya previstos en el actualmente vigente y a los que ya se ha hecho referencia, si bien se introducen modificaciones:

1º.- La acción directa de restitución:

El artículo 29 sigue declarando aplicable el Convenio de la Haya de 1980, pero también completado por las normas del propio Reglamento y, en particular, las de su Capítulo III. Como novedad, de forma paralela al ámbito subjetivo de aplicación de este Convenio, el precepto se refiere a los menores de dieciséis años.

El Reglamento impone a las Autoridades Centrales la celeridad en sus actuaciones (artículo 23), lo que reviste importancia de cara países como el nuestro en los que la actuación de dicho órgano ha sido ralentizada a medida que han ido pasando los años.³⁷

Dicho artículo 23 versa sobre la recepción y tramitación de las solicitudes de las autoridades centrales que deberán de tramitarlas con urgencia, cuando por parte de “*una*

³⁶ CALVO F: “Cómo es el nuevo Reglamento de la UE en materia matrimonial y de responsabilidad parental (I).”, *Confilegal*, 2019. Disponible en <http://www.confilegal.com>. (fecha de última consulta: 6 de junio de 2020).

³⁷ *Ibidem*.

*persona, institución u organismo que invoque una violación del derecho de custodia solicite, directamente o con la asistencia de una autoridad central, al órgano jurisdiccional de un Estado miembro que dicte con arreglo al Convenio de La Haya 1980 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.”*³⁸, así como también en su segundo apartado, establece que la autoridad central del Estado miembro requerido cuando reciba dicha solicitud, acusará recibo de ella en un plazo de cinco días hábiles e informará a la autoridad central del Estado requirente o al solicitante, las gestiones que se hayan iniciado o se vayan a iniciar, solicitando cualquier otro documento que estime necesario.

El Reglamento sigue contemplando un procedimiento judicial acelerado para los órganos judiciales ante los que se interpongan las demandas de restitución, si bien, de una forma más realista, contempla un plazo máximo de seis semanas para los órganos de primera instancia y otro de igual duración, a computar a partir del momento en que se hayan efectuado todos los trámites procesales necesarios, para los órganos jurisdiccionales de nivel superior (artículo 24). En el vigente Reglamento sólo se prevé un único plazo de seis semanas, lo que normalmente no se compadece con las actuaciones judiciales.

De forma novedosa también el Reglamento en su artículo 25 introduce una regulación relacionada con formas alternativas de la resolución de litigios, contemplando así la posibilidad de que las partes puedan, con asistencia de las autoridades centrales, recurrir a la mediación u otras vías de resolución, a menos que perjudique el interés superior del menor o no se considere adecuado para el caso en particular o conlleve un retraso del procedimiento. La opción por la mediación u otra forma alternativa de resolución de litigios puede plantearse por el órgano judicial lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento de restitución.

³⁸ Artículo 22 del Reglamento (UE) 2019/1111 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.

También se ocupa el Reglamento del procedimiento de restitución del menor, en el que, junto a cuestiones que permanecen, se introduce aspectos no contemplados en el artículo 11 de Bruselas II Bis (artículo 27).

Así, se siguen señalando la prohibición de denegar la restitución del menor sin que la persona que solicita la restitución haya tenido posibilidad de ser oída (apartado 1), así como la imposibilidad de denegación sobre la base del artículo 13.b) del Convenio de La Haya si la parte que solicita la restitución del menor demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo a éste, que se ha dispuesto de lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución (apartado 3). No obstante, el Reglamento introduce sobre esta última cuestión dos novedades:

- Se prevé la posibilidad de comunicación del órgano jurisdiccional con las autoridades del Estado en el que residía el menor antes de su traslado ilícito.

- En los casos en que se ordene la restitución del menor, el órgano jurisdiccional podrá adoptar medidas provisionales o cautelares a fin de proteger al menor del riesgo mencionado en el citado artículo 13.b) del Convenio, siempre que el estudio y la adopción de dichas medidas no retrase indebidamente el procedimiento de restitución. En relación con estas posibles medidas, el Considerando 46 del Reglamento indica que podrán incluir, por ejemplo, la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas. Con ello, el Reglamento dota de mayores garantías para la protección del menor cuando se ha acordado su restitución a pesar de la posible existencia de un grave riesgo de que con ello se le exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable (artículo 13.b del Convenio).

Además de estas novedades, el artículo 27.2 también incorpora la posibilidad de que, como medida cautelar, el órgano jurisdiccional del lugar de nueva residencia del menor pueda establecer medidas provisionales de contacto con el mencionado

progenitor no custodio, con la finalidad de evitar que las dilaciones en el proceso perjudiquen el vínculo del menor con el progenitor que se encuentra en el país de origen.

Finalmente, se prevé en el apartado 6 de este artículo 27 que podrá declararse provisionalmente ejecutiva, sin perjuicio de cualquier posible recurso, una resolución que ordene la restitución del menor antes de que se dicte la resolución definitiva. No obstante, esto último va en contra de lo establecido en el artículo 778 quinquies 11, primer párrafo de la LEC, puesto que indica que las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia son apelables con efectos suspensivos, pero en materia de sustracción de menores, al prevalecer el Reglamento comunitario, se puede ejecutar provisionalmente la orden de restitución aunque no se haya resuelto el recurso de apelación, mientras que si el procedimiento solo se rigiera por el Convenio de la Haya de 1980 por tratarse de un país no integrante de la Unión Europea, sí que deberá de esperar a que la resolución sea firme.³⁹

2º.- Mecanismo subsidiario.

El Reglamento sigue contemplando un procedimiento subsiguiente a la denegación de restitución del menor, que será únicamente aplicable cuando esta denegación se base en lo dispuesto en el artículo 13, párrafo primero, letra b) o en el párrafo segundo de este mismo artículo del Convenio de La Haya de 1980, es decir, cuando se ha apreciado que el traslado comportaría un grave riesgo físico o psíquico para el menor o bien cuando éste se ha opuesto a su restitución en aquellos casos en los que ha alcanzado una edad o un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

De este procedimiento se ocupa el artículo 29, que establece una regulación más detallada en la que se incluyen las siguientes previsiones:

³⁹ MARTÍN ORGANISTA, V: “Novedades del Reglamento (UE) 2019/1111, en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Situación actual Covid-19”, Civil, familia. 2020. Disponible en <http://www.matoyorganista.es>. (fecha de última consulta: 6 de junio de 2020).

- El órgano jurisdiccional que ha denegado la restitución ha de expedir de oficio un certificado utilizando para ello el modelo que figura en el Anexo I del Reglamento (apartado 2). Como señala el Considerando 49, la finalidad de este certificado es informar a las partes de la posibilidad de presentar demandas en el plazo de tres meses relacionadas con el fondo del derecho de custodia ante un órgano jurisdiccional en el que residía el menor antes de su traslado ilícito o de la posibilidad de notificar a dicho órgano judicial, en caso de que ya se hubieran presentado demandas en ese sentido, los documentos pertinentes relativos a la demanda de restitución. Esta doble finalidad se explicita en el Reglamento de la siguiente forma:

a) En el caso de que, con anterioridad a que se dicte esta resolución, un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado ilícito ya estuviera conociendo del procedimiento relativo al derecho de custodia, el órgano jurisdiccional, si tiene conocimiento de este procedimiento, debe remitir al primero en el plazo de un mes la documentación a que se refiere el apartado 3 del artículo 29 (resolución de denegación, certificado, acta de la vista), pudiendo el órgano jurisdiccional solicitar a las partes la traducción de documentos (apartado 4).

b) En el caso de que con anterioridad a la adopción de la resolución de denegación el juez de la residencia habitual originaria del menor no estuviera conociendo de un proceso relativo a la custodia, el Reglamento, de forma similar al artículo 11 del Reglamento Bruselas II Bis, concede a las partes la posibilidad de presentar el asunto ante este tribunal en el plazo de tres meses, presentando entonces la propia parte la documentación anteriormente señalada (apartado 5).

- Por último, el apartado 6 de este artículo 29 dispone que, no obstante, la existencia de una resolución de no restitución, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 a 5 de este mismo artículo será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el Capítulo IV.

En definitiva, el Reglamento sigue contemplando el procedimiento previsto en el artículo 11, apartados 6 a 8, del Reglamento Bruselas II Bis, si bien introduciendo la exigencia del certificado y separando los supuestos en función de que ya se encontrara planteado o no ante los órganos judiciales de la residencia inicial del menor el asunto de su custodia.

En relación con este segundo mecanismo, ya en la regulación correspondiente al reconocimiento y ejecución de resoluciones, el Reglamento contempla un procedimiento de reconocimiento y ejecución de “determinadas resoluciones privilegiadas” (artículos 42 a 50), supeditado, al igual que en el Reglamento Bruselas II Bis, a la obtención de una certificación, que solo podrá expedirse si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 47.3 y 4, que son similares a las actualmente previstas en el artículo 42.2 del Reglamento Bruselas II Bis, a las que se añade previsiones relativas a la rebeldía del demandado.

Por lo tanto, si en los tres meses siguientes a la notificación de la resolución por la que se deniega la restitución del menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980, una parte ha presentado una demanda ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo de los derechos de custodia, o si se está sustanciando ya un procedimiento de custodia ante dicho órgano jurisdiccional en el momento en el órgano jurisdiccional que ha denegado la restitución le remite la resolución denegatoria, toda resolución resultante del procedimiento sobre el fondo de los derechos de custodia que implique la restitución del menor al mencionado Estado miembro tendrá tener fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IV, sección 2, del Reglamento (artículos 42 a 50), sin que sea necesario ningún procedimiento especial y sin que sea posible oponerse a su reconocimiento - con la única salvedad de que dicha resolución sea irreconciliable con una resolución en materia de responsabilidad parental dictada ulteriormente respecto del mismo menor, (artículo 50), siempre que se haya expedido el citado certificado para «resoluciones privilegiadas» para la resolución sobre el fondo del derecho de custodia que implique la restitución del menor (Considerando 52 del Reglamento).

3º.- Tercer mecanismo: exequátur de una resolución sobre custodia del menor.

En el Reglamento se sigue contemplando la posibilidad de que se solicite la ejecución de una resolución sobre el derecho de custodia que implique la restitución del menor que haya sido dictada por las autoridades del Estado donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado ilícito, bien con anterioridad a este traslado o bien una vez producido éste.

En relación con esta segunda posibilidad, el artículo 9 del Reglamento, de forma similar al actual artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, continúa otorgando competencia a estos tribunales siempre que no haya transcurrido más de un año desde el traslado ilícito y además se den las restantes condiciones que fija el artículo. Como novedad, este precepto deja a salvo la posibilidad de que las partes decían someterse a otro tribunal, siempre que se cumplan las condiciones para ello previstas en el artículo 10.

Por tanto, para una resolución sobre la custodia del menor que implique su restitución también puede solicitarse su ejecución en virtud de lo dispuesto en el Capítulo IV, Sección 1 (artículos 30 a 41) del Reglamento. Novedosamente, el Reglamento se caracteriza por la supresión de la previa declaración de ejecutividad, por lo que se solicita directamente la ejecución, si bien caben motivos de denegación de la misma.

Asimismo, en aquellos casos en los que la demanda se presenta ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo de los derechos de custodia después de transcurridos los tres meses a que se refiere el artículo 29 o si no se cumplen los requisitos para la expedición de un certificado para resoluciones privilegiadas, la resolución dictada en relación con el fondo del derecho de custodia debe ser reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IV, sección 1, del Reglamento.

4.- CONCLUSIONES

1. La sustracción internacional de menores constituye una problemática de plena actualidad cuya solución requiere de la adopción de normas internacionales o, como en el caso de la Unión Europea, institucionales, que coordinen y contemplen soluciones conjuntas en relación con las acciones encaminadas a la restitución de los menores ilícitamente trasladados.
2. El punto de partida de toda legislación ya sea de naturaleza institucional, convencional o de derecho interno, es velar por el llamado “interés superior del menor”, principio fundamental en la materia, como así lo recoge la misma Convención de los Derechos del Niño, que asimismo especifica que toda normativa se debe ajustar con la finalidad de salvaguardar este derecho que se le reconoce al menor.
3. De entre las normativas existentes sobre la materia, tanto el Reglamento Bruselas II bis como el Convenio de La Haya de 1980, contemplan mecanismos de restitución, de los cuales considero que pueden ser el más efectivo el de restitución directa, así como, en el ámbito del Reglamento, el procedimiento subsidiario consistente en litigar sobre la custodia del menor y la obtención de una orden de restitución por parte del Estado anterior de la residencia del menor.
4. Asimismo, respecto a los motivos por los que la autoridad del Estado donde se encuentra el menor puede denegar la restitución, contemplado en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980, me gustaría hacer una precisión acerca de la excepción de la violencia y abuso que invocan muchas mujeres, con la finalidad de que se deniegue dicha restitución. Los tribunales han interpretado que ello viene ligado con la prueba, y que será el Estado requirente el que debe de valorar la existencia de dicho abuso. Bajo mi punto de vista, en primer lugar, considero que esta cuestión debería de regularse por separado y no encajarla con alguno de los supuestos del artículo 13 del Convenio. En segundo lugar, ambos Estados deberían de recabar información sobre ello, debido a que la víctima pudo no haber denunciado en el Estado de origen por temor y en tercer lugar, se debería de tener en cuenta lo manifestado por el menor.

5. Respecto al nuevo Reglamento cierto es que presenta una nueva sistemática que permite un mejor entendimiento sobre el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, dedica un Capítulo entero a la sustracción internacional de menores, de una manera más ordenada que el Reglamento Bruselas II bis, y establece cambios en relación con la competencia y en materia de responsabilidad parental.
6. De entre todos sus cambios me parece interesante destacar que se añade un precepto sobre la audiencia del menor, reforzando ésta, tanto en materia de en materia de competencia judicial internacional como en los propios procedimientos de restitución del menor, por lo que es una muestra más de que prevalece el interés superior del menor. También el cambio en los plazos máximos para dictar resoluciones, siendo de seis semanas para la Primera Instancia y otras seis semanas para resolver el recurso en casos de que se haya interpuesto, siendo este más razonable que los previstos en el Reglamento Bruselas II bis. Y otra novedad muy importante, es la regulación de cómo deben actuar los Estados para asegurar el contacto del menor con el progenitor que ha sufrido la sustracción, pudiendo adoptar las medidas provisionales y cautelares necesarias, cuestión que es muy importante para garantizar la buena relación entre el progenitor y el menor y que, por el contrario, no se produzca un menoscabo en ella.
7. Finalmente, siguiendo con los mecanismos de restitución del menor, es interesante el nuevo método que se prevé en el nuevo Reglamento, sobre la posibilidad de recurrir a mediación u otras alternativas de resolución de conflicto, aunque de recurrir a ello, lo lógico sería establecer un plazo máximo puesto que de excederse provocaría la demora en el procedimiento.

5.-BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado, volumen II*, Ed. Comares, Granada, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S: Derecho Internacional Privado Ed. Civitas-Thomson Reuters, Novena Edición, 2016.

GUZMÁN ZAPATER, M: Lecciones de Derecho Internacional Privado, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

PINEAU RODRIGUEZ, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimientos en Bruselas y la Haya”, Revista de estudios internacionales, núm. 35, 2018.

LÓPEZ DEL SER. A y AGUADO CARRIZO. D: “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la residencia habitual del menor y estudio de la competencia residual.”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, núm. 2, 2013.

VICARRET TESSORE, L: “Aspectos procesales de la restitución internacional de menores entre el Reino de España y Uruguay: «El caso María»”, Revista Bitácora Millenium, núm. 7º, 2018.

5.1.-LEGISLACIÓN

Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. BOE nº 202, de 24/08/1987.

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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. DOUE nº 338, de 23 de diciembre de 2003.

Reglamento (UE) 2019/1111 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. DUOE nº 178, de 2 de julio de 2019.

5.2.- JURISPRUDENCIA

SAP B 5359/2018 (Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona), de 25 de mayo de 2018. (rec núm. 185/2018).

SAP GC 977/2017 (Sección tercera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria) de 21 de junio de 2017. (rec núm. 594/2017).

SAP GI 15/2017 (Sección primera de la Audiencia Provincial de Girona), de 23 de enero de 2017 (rec núm. 51/2017).

SAP IB 1344/2017 (Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca) de 17 de julio de 2017, (rec. núm. 233/2017).

STC (Sala segunda del Tribunal Constitucional), de 1 de febrero de 2016. (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016)

STJUE (Sala tercera), Caso Doris Povse contra Mauro Alpago, de 1 de julio de 2010. (TJCE/2010/246).

STJUE (Sala tercera) Caso J. McB. contra L. E, de 5 de octubre de 2010. (TJCE/2010/432).

STJUE 23 de diciembre de 2009, C-403 /09 PPU, Jasna Detiček vs. Maurizio Sgueglia.

5.3.- WEBGRAFÍA

CALVO F: “Cómo es el nuevo Reglamento de la UE en materia matrimonial y de responsabilidad parental (I).”, Confilegal, 2019. Disponible en <http://www.confilegal.com>. (fecha de última consulta: 6 de junio de 2020).

MARTÍN ORGANISTA, V: “Novedades del Reglamento (UE) 2019/1111, en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Situación actual Covid-19”, Civil, familia. 2020. Disponible en <http://www.matoyorganista.es>. (fecha de última consulta: 6 de junio de 2020).

COMUNICADO DE PRENSA DEL CONSEJO DE LA UE DE 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/>.

Convención sobre los Derechos del Niño: “Observación general N°14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.”, 2013. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, págs. 259 y ss