

# El Secuestro internacional de menores en el marco de la Unión Europea.

---

Estudio del Reglamento 2201/2003.

**Autor:** Gloria Menéndez Pérez.

**Tutor:** Pilar Jiménez Blanco.

Ángel Espiniella Menéndez

### **Resumen y palabras clave.**

El presente trabajo versará sobre las sustracciones internacionales de menores en el marco de la Unión Europea. Contiene una breve introducción al tema objeto de estudio; una aproximación al marco normativo aplicable a la regulación de estos conflictos, así como al concepto de sustracción internacional de menores; explica el procedimiento que debe seguirse para los supuestos de restitución; hace referencia a los supuestos de no retorno (aquellos en los que no se podría aplicar el procedimiento anterior debido a la sucesión de determinadas circunstancias que lo impiden); se procede al estudio del Título Ejecutivo Europeo (para los supuestos de sustracción de menores en el ámbito del Reglamento Europeo 2201/2003; las correspondientes conclusiones del trabajo y las referencias bibliográficas.

**PALABRAS CLAVE:** Sustracción internacional de menores; responsabilidad parental; derecho de custodia; derecho de visita; residencia habitual; menor; retorno; no restitución y Título Ejecutivo Europeo.

<b>Índice</b>	<b><u>Pág.</u></b>
<b>Introducción</b> .....	5
 <b>Capítulo I: Marco normativo y concepto de sustracción internacional de menores.</b>	
 <b>I. Marco normativo</b>	
1 <i>Ámbito de aplicación</i> .....	10
2 <i>Competencia Judicial Internacional</i> .....	12
3 <i>Reconocimiento de decisiones</i> . ....	15
4 <i>Cooperación entre autoridades. Integración del Convenio de la Haya de 1980</i> .....	16
 <b>II. Concepto de sustracción internacional de menores.</b>	
1 <i>Definición normativa del concepto</i> . ....	20
2 <i>Problemas de delimitación del concepto</i> . ....	22
A) <i>Concepto de menor</i> . ....	24
B) <i>Residencia habitual</i> . ....	27
C) <i>Derecho de custodia</i> . ....	32
D) <i>Derecho de visita</i> . ....	38
 <b>Capítulo II. El procedimiento de restitución.</b>	
<b>I. Esquema general de funcionamiento</b> .....	43
<b>II. Calificación del traslado del menor</b> .....	44
<b>III. Audiencia al menor</b> . ....	45
<b>IV. Audiencia a la parte que solicita la restitución</b> . ....	49
<b>V. Plazo de resolución de 6 semanas</b> . ....	51
<b>VI. Supuestos en los que se deniega la restitución del menor</b> . ....	54
<b>VII. Inaplicabilidad del motivo de denegación del artículo 13.b del Convenio de la Haya de 1980</b> .....	55

<b>Capítulo III. Supuestos de no retorno.</b>	<b><u>Pág</u></b>
<b>I. La voluntad del menor.</b> .....	60
<b>II. Grave riesgo para el menor.</b> .....	64
1. <i>Delimitación de conceptos.</i> .....	65
2. <i>Integración del artículo 13.b del Convenio de la Haya de 1980.</i> .....	67
3. <i>La prueba.</i> .....	68
<b>III. Consentimiento del progenitor custodio al traslado o retención.</b> .....	72
<b>IV. Derecho de custodia no ejercido efectivamente, o aceptación posterior del traslado o la retención.</b> .....	76
<b>V. Transcurso del plazo de un año.</b> .....	78
<b>VI. Vulneración del orden público y de los Derechos Fundamentales.</b> .....	80
<b>VII. Discrecionalidad de las autoridades judiciales.</b> .....	82
 <b>Capítulo IV. El Título Ejecutivo Europeo.</b>	
<b>I. Origen.</b> .....	85
<b>II. Supresión del exequátur en las decisiones sobre restitución de menores en el Reglamento.</b> .....	87
<b>III. Controles del Estado de Origen.</b> .....	91
1. <i>Audiencia al menor</i> .....	92
2. <i>Audiencia a las partes</i> .....	94
3. <i>Excepciones del artículo 13.</i> .....	95
4. <i>Medidas que garantizan la protección del menor.</i> .....	98
<b>IV. Efectos del certificado.</b> .....	99
 Conclusiones. ....	101
 Bibliografía.....	105

## **Introducción.**

El presente trabajo versará sobre el secuestro internacional de menores y su régimen jurídico en el marco de la Unión Europea.

La sustracción internacional de menores es una situación que se da desde tiempos remotos, aunque se ha acentuado con el paso de los años debido a la evolución en la concepción de la institución de familia que tenemos hoy en día.

Las evolución social favorecido a que se den una serie de circunstancias que hacen más fácil que se den situaciones idóneas para la sustracción de menores, tales como el aumento de matrimonios mixtos; las mayores facilidades de separación y divorcio de los matrimonios; los avances tecnológicos que favorecen el desarrollo de las relaciones humanas, lo que hace más fácil el contacto con personas residentes en otro país, y más sencillo el traslado de los progenitores sustractores a otros Estados diferentes al de la residencia habitual del menor; así como la libertad de movimiento que se ha creado en la Unión Europea, que favorece el tráfico de personas entre los Estados miembros.

El secuestro internacional, o la sustracción ilícita de un menor, se produce cuando uno de los progenitores traslada ilícitamente a un menor, impidiendo que el otro progenitor ejercite de forma efectiva un derecho de custodia o de visita que puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho del Estado del que fue trasladado el menor (tal como establece el Convenio de la Haya hecho el 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), debiendo ser este derecho efectivo en el momento del traslado, o pudiendo haberse ejercido de no llegarse a producir el traslado.

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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante Reglamento Europeo 2201/2003) define la sustracción internacional de menores en su artículo 2. 11<sup>1</sup> en los mismos términos que ya lo hizo el

---

<sup>1</sup> Vid. Artículo 2.11 Reglamento Bruselas II Bis: *“el traslado o retención de un menor serán ilícitos cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por 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, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se*

Convenio de la Haya de 1980 en su artículo 3<sup>2</sup>, añadiendo, además, que ese derecho de custodia o de visita debería estar siendo ejercido en el momento del traslado, o debería haberse podido ejercer si no hubiese sido porque se ha producido el secuestro.

También en el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de la custodia (número 105 del Consejo de Europa), hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, se encuentra la definición de traslado ilícito de un menor, en su artículo 1, apartados d.i y d.ii<sup>3</sup>; definición que no difiere en nada de las anteriores.

Una vez identificados los conceptos y aclarado cuál es la figura que debemos proteger, hay que hacer una pequeña recopilación de los diferentes instrumentos que se aplican cuando estamos hablando de un secuestro internacional de menores; los ya citados, Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003. Además de aquellos Convenios bilaterales que se hayan firmado con diferentes países, como puede ser el Convenio bilateral que tiene España con Marruecos (Convenio bilateral entre el reino de España y el reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores). También hay que atender, para combatir el secuestro internacional de menores, a la normativa interna de cada uno de los países. En nuestro ordenamiento, sería aplicables el Código Penal, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

---

*considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”.*

<sup>2</sup> Vid. Artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980: 3. *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) 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 en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.*

<sup>3</sup> Vid. Artículo 1.d, del Convenio de Luxemburgo de 1980: *“El traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado, se considerará asimismo como traslado ilícito. i) El hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el período de ejercicio de un derecho de visita relativo a dicho menor o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el que se ejerza la custodia ii) El traslado que ulteriormente se declare ilícito en el sentido del artículo 12”.*

Los supuestos en los que, cumpliendo con los requisitos de las definiciones anteriores, se produce un traslado ilícito de un menor que provoca la infracción de un régimen de visitas o de custodia son 3 casos tipo:

- Caso A: uno de los progenitores que está disfrutando de un derechos de visita, atribuido tras una separación (padre no custodio que está disfrutando de los días que le han sido asignados para compartir con su hijo menor de edad), decide aprovechar el ejercicio del derecho de visita para trasladar al menor a otro país y no retornarlo al Estado de origen.
- Caso B: ambos progenitores disfrutan de un régimen de custodia compartida, y uno de ellos decide llevarse al menor a otro país para que el otro progenitor no pueda ejercer ni disfrutar de la custodia que le corresponde.
- Caso C: la custodia está atribuida a uno solo de los progenitores y que sea este el que traslade al menor de país, para así evitar que el progenitor no custodio pueda ejercitar el derecho de visitas que le ha sido atribuido.

Como el objeto de este trabajo es el estudio de la sustracción internacional de menores en el marco de la Unión Europea, los instrumentos que se van a analizar, así como los procedimientos que en ellos se contienen, serán exclusivamente los que operen en este ámbito; es por ello que el estudio central versará sobre el Reglamento Europeo 2201/2003, con las aportaciones y la forma en la que integra al Convenio de la Haya de 1980, de 25 de octubre (sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores).

Dentro del estudio de esta normativa Europea, analizaré el marco normativo, una primera aproximación al concepto de sustracción internacional, al hilo de las normas, el procedimiento de restitución que debe llevarse a cabo cuando se produce una sustracción internacional, cuáles son las excepciones a ese procedimiento de restitución, y la forma en la que operan y el Título Ejecutivo Europeo en lo que a restitución de menores se refiere.

## Capítulo I. Marco normativo y concepto de sustracción internacional de menores.

### I. MARCO NORMATIVO.

La competencia judicial internacional y el reconocimiento de sentencias, en lo que a la protección de menores respecta, aparece en el marco de la Unión Europea de la mano del Reglamento 1347/2000 (que a día de hoy no está en vigor). Este Reglamento versaba sobre la competencia y el reconocimiento de decisiones en el marco de un procedimiento de crisis matrimonial, cuando era necesaria la adopción de medidas de protección de menores: el Reglamento adolecía de ciertas imperfecciones, como por ejemplo regular exclusivamente la protección de los menores siempre que fuesen hijos comunes de ambos cónyuges y sólo en el marco de un procedimiento de crisis matrimonial<sup>4</sup>, y en lo relativo a la sustracción internacional de menores solo contemplaba un precepto, el artículo 4, en el que se limitaba a establecer que “*Los órganos jurisdiccionales competentes con arreglo al artículo 3 ejercerán su competencia de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y en particular en sus artículos 3 y 16*”<sup>5</sup>.

En el año 2003, es sustituido por el Reglamento 2201/2003<sup>6</sup>, que supuso una gran evolución con respecto a la normativa anterior; si bien sigue ocupándose de la separación, divorcio y la nulidad matrimonial, así como del reconocimiento de decisiones, este Reglamento opera respecto a cualquier menor, con independencia de que su filiación sea de vínculo sencillo (relativo solo a uno de los cónyuges), o que sea un hijo común de ambos cónyuges. La otra diferencia con respecto al Reglamento anterior, es que este se aplica para cualquier medida derivada de la responsabilidad parental, sin tener que estar vinculada, obligatoriamente, a un proceso de crisis matrimonial<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. M<sup>a</sup>.D. Adam Muñoz, “Regulación autónoma del procedimiento relativo a la devolución de menores trasladados ilícitamente” en: *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 2004. p. 107

<sup>5</sup> Vid M.M Velázquez Sánchez, “La protección de menores en la Unión Europea: El Reglamento Comunitario 2201/2003”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2006, nº 11, p. 12; P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp 138-139.

<sup>6</sup> Vid. P. González Vicente, “El Reglamento (CE) 2201/2003: el alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el derecho de visita y secuestro de menores”, *Estudios de Derecho Judicial* num. 74, 2005. pp 15-48

<sup>7</sup> Sobre las relaciones entre el Reglamento Europeo 1347/2000 y el Reglamento Europeo 2201/2003 vid. A. Devers, “L’articulation du règlement “Bruxelles II bis” et des autres règlements communitaires”

La prioridad del Reglamento 2201/2003 es darle a los menores la posibilidad de mantener el contacto con ambos progenitores y a ser oídos cuando deba de tomarse una medida de protección respecto a ellos, siempre que su edad y madurez se lo permitan, así como buscar la pronta restitución del menor ilícitamente trasladado; principio que ya se veía de manifiesto en el Convenio de la Haya de 1980<sup>8</sup>.

Lo principios inspiradores en los que se apoya el Reglamento, además de los que acaban de quedar de manifiesto (interés superior del menor<sup>9</sup> y pronta restitución), son: 1) el interés superior del menor<sup>10</sup>, la confianza mutua<sup>11</sup>, celeridad<sup>12</sup> y la colaboración tendente a crear un verdadero espacio europeo.

Se aplica en materia civil y a todos los Estados Miembro de la Unión Europea. Se aplica también a Reino Unido e Irlanda, pero no se aplica a Dinamarca.

El Reglamento solo regula las situaciones de traslado ilícito intracomunitario, para los supuestos en que se traslade al menor de un Estado miembro y parte del Reglamento a otro Estado miembro.<sup>13</sup>

---

, en H Fulchiron y C. Nourissat (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, 2005, pp 123-136

<sup>8</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, pág 140, considera que la regulación que hace el Reglamento con respecto a la sustracción de menores “no es sino una suma del Convenio de la Haya de 1980 en lo que a restitución de menores secuestrados se refiere y del Convenio de la Haya de 1996, en lo relativo a la competencia judicial internacional en caso de sustracciones”.

<sup>9</sup> Vid. C. González Bleifuss, “Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores” en L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *La sustracción interparental de menores*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 103: en este caso la autora considera que no se está respetando el interés del menor. Establece, en este sentido: “*El interés superior del niño no ha sido la consideración primordial a la que se ha atendido. Se ha pretendido limitar las excepciones al retorno previstas en el Convenio, lo cual genera tensiones en relación con los derechos fundamentales del niño*”... “*el interés superior del niño requiere además otorgar un margen de maniobra importante a la autoridad judicial para que esta pueda adaptar sus decisiones a las circunstancias*”

<sup>10</sup> Vid. P. González Vicente, *op cit.* pp 15-48

<sup>11</sup> Vid. E. Rodríguez Pineau “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental” *La ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Madrid, Disley S.A, 2004, pp. 1721-1731

<sup>12</sup> Vid. P. González Vicente, *op. cit.* pp 15-48, establece que no siempre va a respetarse el plazo que establecen tanto el Convenio de la Haya de 1980 como el Reglamento Europeo 2201/2003, de las 6 semanas, aunque cada vez los Juzgados tienden al mayor cumplimiento de este plazo.

<sup>13</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares 2011-2012, pág. 185

## 1. *Ámbito de aplicación.*

### A) *Ámbito material*<sup>14</sup>.

Este Reglamento será aplicable al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad matrimonial, en lo que se refiere a la disolución del vínculo. Quedan, por lo tanto, excluidas las causas que dan lugar a la crisis matrimonial, las consecuencias matrimoniales que se deriven de ella, y cualesquiera otros efectos que puedan devenirse de tal crisis.

Se aplica a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o la finalización de la responsabilidad parental, particularmente al derecho de custodia (entendido como aquellos derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor, y en particular el derecho a decidir sobre el lugar de residencia); el derecho de visita (entendido como el derecho a trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual por un período de tiempo limitado); tutela, curatela y otras instituciones análogas; al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento y en lo que respecta a los bienes, se aplica solo a las medidas de protección del menor: designación de la persona u organismo encargado de prestarle asistencia o encargarse de sus bienes y a las medidas ligadas a la administración, conservación o disposición de estos.

Este Reglamento se aplica cuando se produzca un litigio entre los progenitores a propósito de la administración de los bienes del menor. Todos los demás conflictos que puedan afectar a los bienes del menor y que no se refieran a la protección del mismo, deberán ser dirigidos por el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Para llevar a cabo la aplicación de este Reglamento no se tiene en cuenta la nacionalidad, sino la residencia habitual, de tal forma que el Reglamento sí regularía una sustracción de un menor nacional de un Estado no miembro de la Unión, con residencia en un Estado miembro, y sustraído a otro Estado también miembro de la

---

<sup>14</sup> Vid. A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González “Crisis matrimoniales” en A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.) *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2010-2011. p.157

Unión, pero no regularía los supuestos de un menor nacional y con residencia habitual en un Estado miembro, trasladado a un Estado no miembro de la Unión<sup>15</sup>

Quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003: la impugnación o la determinación de la filiación, por ser una cuestión distinta a la atribución de la responsabilidad parental; las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, la anulación y revocación de la adopción; nombre y los apellidos; emancipación; obligaciones de alimentos (por estar reguladas mediante el Reglamento 44/2001 del Consejo); fideicomisos y sucesiones y a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores.<sup>16</sup>

#### B) Ámbito espacial.

El Reglamento solo es aplicable a secuestros intracomunitarios, debiendo ser tanto el Estado de origen como el Estado del destino miembros de la Unión Europea y parte del Reglamento<sup>17</sup>, no siendo aplicable a Dinamarca<sup>18</sup>, como bien establece la Audiencia Provincial de Valladolid<sup>19</sup>, cuando declara que es irrelevante que el padre apelante esgrima la aplicación del Reglamento Europeo 2201/2003, pues dicho Reglamento no es aplicable en Dinamarca.

---

<sup>15</sup> Vid. A. Quiñones Escámez, *Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental, El Reglamento CE 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003*, InDret, 2004, núm. 250., pág. 10

<sup>16</sup> El reglamento 2201/2003 del consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento 1347/2000.

<sup>17</sup> Vid. I. Reig Fabado, "Incidencias del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: integración con el Convenio de la Haya de 1980" en P. García Lloria (dir), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008, pág. 227

<sup>18</sup> Para A. Quiñones Escámez, *op. cit.*, pág. 22, "De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sirve la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el Reglamento 2201/2003 se aplicará a todos los Estados miembros, salvo en dicho país. La falta de voluntad de adhesión de Dinamarca a la normativa que nos ocupa ya tuvo lugar con el Reglamento anterior. De modo que cualquier referencia a un Estado miembro deberá hacerse excluyendo a dicho país. No así, Reino Unido e Irlanda que han manifestado, con arreglo al artículo 3 del Protocolo sobre la posición de Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo a participar en el Reglamento".

<sup>19</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3ª, *recurso número 127/2005*, de 14 de noviembre.

### C) Ámbito temporal.

El Reglamento entró en vigor el 1 de agosto del 2004, y devino aplicable desde el 1 de marzo del 2005 (aunque los artículos 67 a 70 entraron en vigor a partir del 1 de agosto de 2004); además, el Reglamento será obligatorio y directamente aplicable en los Estados miembros, de acuerdo con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y en Reino Unido e Irlanda, quedando excluida Dinamarca, quien, como ha quedado claro en el apartado anterior, ni participa de su adopción, ni está sujeta a su cumplimiento<sup>20</sup>.

Es un Reglamento que no tiene carácter retroactivo, por lo que sólo será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor<sup>21</sup>

#### 2. Competencia Judicial Internacional.

La competencia judicial internacional está regulada en el Reglamento en los artículos 3 a 15. El presente trabajo se limitará al estudio del artículo 10 del Reglamento<sup>22</sup>, que versa sobre la competencia judicial internacional en caso de sustracción de menores. Este artículo trata de preservar la competencia judicial

---

<sup>20</sup>Vid.[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133194\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133194_es.htm)

<sup>21</sup> Vid. Artículo 64 del Reglamento Europeo 2201/2003

<sup>22</sup> Vid. Artículo 10 del Reglamento Europeo 2201/3002: “*Competencia en caso de sustracción de menores. En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, iv) 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*”.

internacional en los Tribunales del Estado donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de que se produjese el traslado o retención ilícitos<sup>23</sup>.

Del contenido de este artículo se puede extraer que la voluntad primordial del Reglamento, en lo que a competencia judicial internacional se refiere en materia de sustracción de menores, es que el Tribunal del Estado de origen conserve la competencia para conocer el fondo del asunto, salvo que se den una serie de circunstancias que permitan ese cambio de competencia: 1) que la persona titular del derecho de custodia consienta y acepte el traslado; 2) que haya transcurrido un año durante el cual el menor haya residido en el Estado de destino. Para que opere esta circunstancia, el titular del derecho de custodia debió conocer el destino del menor (o debiera haberlo conocido), sin que solicite su restitución, o desista, no presentando ninguna nueva demanda en el plazo de un año; 3) que una vez se otorgue la decisión de no restitución, el titular del derecho de custodia no presente ninguna reclamación en el plazo de 3 meses desde que se dicta dicha sentencia, procediéndose de este modo al archivo; 4) que el tribunal competente del Estado de origen dicte una resolución sobre el derecho de custodia que no implique la restitución del menor. A estos efectos resulta de vital importancia conocer cuál es la residencia habitual del menor en el momento en el que se produce el traslado, puesto que se trata de foro que trata de preservar la competencia judicial internacional con respecto a los tribunales donde el menor tenía su residencia habitual justo en el momento anterior a la producción del traslado, para ello es fundamental saber cuál es el momento en el que se entiende por presentada la pretensión de restitución del menor, a los efectos de conocer dónde estaba fijada la residencia habitual del menor en el momento anterior a que se produzca su traslado o retención y así poder fijar cuál será el Estado competente para conocer sobre el caso concreto. Sobre este aspecto se pronuncia el asunto *Mercredi*<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Vid. P. González Vicente, *op.cit.* pp. 15-48: “Se considera que los órganos mejor situados para resolver las cuestiones relativas a menores, en cuanto a todo el contenido de la responsabilidad parental son los del Estado miembro en el que tiene su residencia habitual, él o sus padres, y por tanto con un vínculo real con el menor, y deben de ser competentes para en primer lugar, excepto en los casos de cambio reciente de residencia o de acuerdo entre los titulares, previstos en el propio Reglamento...”

<sup>24</sup> Vid. Asunto C-497/10 PPU *Bárbara Mercredi contra Richard Chaffe* de 22 de Diciembre de 2010, referencia INCADAT HC/E/ 1044: *la demandante es en el asunto principal, la Sra. Mercredi, de nacionalidad francesa, y el demandado en el asunto principal, el Sr. Chaffe, de nacionalidad británica, son los padres de una menor, de nacionalidad francesa, nacida fuera del matrimonio en el Reino Unido el 11 de agosto de 2009. Vivieron juntos durante varios años hasta el 1 de agosto de 2009 fecha en la que el padre abandonó el domicilio común.*

*El 7 de octubre de 2009, es decir, dos meses después, la madre marchó de Inglaterra con la menor hacia su país de origen, en el que reside su familia, a la isla de la Reunión, departamento francés de ultramar, donde llegaron el día siguiente, el 8 de octubre de 2009. Consta que el padre no fue informado*

En esta sentencia se plantea como fundamental la determinación de la residencia habitual de la menor, pues de eso va a depender que los tribunales británicos sean competentes, si se determina que la residencia habitual de la menor se encontraba en Gran Bretaña cuando se produjo el traslado, convirtiéndolo así en ilícito, o si por el contrario, la residencia habitual la tenía en Francia, siendo lícito el traslado, y por tanto competentes para conocer el fondo del asunto los tribunales franceses.<sup>25</sup>

Lo que dice el Tribunal Justicia de la Unión Europea, con respecto a la competencia, es que el Reglamento 2201/2003 establece un sistema completo de competencias en el que uno de los criterios es la residencia habitual, pero no el único y a partir de ese sistema de competencia serán los órganos jurisdiccionales los que determinen o no su capacidad para conocer del asunto que se les plantea. Es de especial importancia también, saber si había derecho de custodia a favor de una u otra parte, puesto que solo puede entenderse como ilícito, y atender al foro de competencia del artículo 10 del Reglamento, el traslado que se hace infringiendo un derecho de custodia<sup>26</sup>.

En conclusión, para determinar la competencia judicial internacional en caso de sustracción de menores, no solo tenemos que basarnos en dónde residía el menor antes del traslado o de la retención; el traslado o retención debe realizarse infringiendo un derecho de custodia o de visita atribuido a la otra parte. Es importante, también, delimitar el concepto de residencia habitual a estos efectos, para determinar cuáles serán los tribunales competentes que conocerán del caso. Al concepto de residencia habitual y al de custodia nos referiremos a su estudio, en este mismo trabajo en el siguiente apartado (*“el concepto de sustracción internacional de menores”*).

El problema sobre la competencia judicial se plantea cuando la disputa sobre un litigio en materia de responsabilidad parental se extiende a más de un país y más de un sistema legal, pudiendo verse las dificultades exacerbadas por la falta de certeza acerca de qué autoridades son competentes y por la posibilidad de que uno de los progenitores

---

*de esa partida. También consta que esa partida era lícita dado que, en esa fecha, la madre de la menor era la única titular de la responsabilidad parental sobre la niña.*

*El padre de la menor inició entonces varios procedimientos, tanto ante los órganos jurisdiccionales ingleses, para obtener la responsabilidad parental, el derecho de custodia y/o el derecho de visita respecto de la menor, como ante los órganos jurisdiccionales franceses, con arreglo al Convenio de la Haya sobre la sustracción internacional de menores. La madre también inició ante los órganos jurisdiccionales franceses un procedimiento para obtener la responsabilidad parental sobre la menor así como el derecho de custodia.*

<sup>25</sup> Vid. Caso C 497/10 PPU, *op. cit.*

<sup>26</sup> *Ibidem*

tenga que tratar con un sistema jurídico menos familiar que el suyo, o incluso en un idioma que no es el suyo<sup>27</sup>. Aquí entran en juego las reglas relativas a la litispendencia, cuya función es evitar procesos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros, y los conflictos entre resoluciones judiciales que pudiesen resultar de ellos. A tenor del artículo 19 apartado 2 del Reglamento, existe litispendencia cuando se presentan demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor, coincidentes en objeto y causa, pero antes órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros. El objeto que tiene el Reglamento cuando regula la litispendencia, es prevenir las resoluciones incompatibles<sup>28</sup>.

De esta forma, para que opere la litispendencia, es necesario determinar si dos demandas tienen el mismo objeto y para ello hay que tener en cuenta las pretensiones de cada una de las partes en cada uno de los casos. También es necesario determinar si tienen la misma causa, y para ello el Tribunal de Justicia interpreta el concepto “causa” como concepto que debe incluir tanto los hechos como la norma jurídica que se invoca en fundamento de la demanda<sup>29</sup>. A estos efectos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto *Purrucker*<sup>30</sup>, determina que “*no puede existir litispendencia entre una demanda que tiene por objeto la adopción de medidas provisionales, en el seno del artículo 20 del Reglamento y una demanda sobre el fondo del asunto*”

### 3. Reconocimiento de decisiones.

En cuanto al reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental nos encontramos, en el contexto del Reglamento 2201/2003, diferentes tipos de reconocimiento; en primer lugar tenemos el reconocimiento automático: se recoge en los artículos 21.1 y 21.2 del Reglamento. No requiere ningún tipo de procedimiento y vale para cualquier efecto de la resolución, salvo para reconocer la ejecución. El reconocimiento automático no significa que reconocimiento incondicional ni inmediato, simplemente significa que se reconoce la decisión sin que haya un procedimiento previo

---

<sup>27</sup> Vid. Conclusiones de la Abogada General SRA Eleanor Sharpston de 20 de mayo de 2010, *asunto C-256/09, Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés Pérez*.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de Diciembre de 2010, *asunto C-256/09, Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés Pérez*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

de homologación, solo procede cuando cumpla las condiciones exigidas<sup>31</sup>. El segundo tipo es el reconocimiento incidental del artículo 21.4 del Reglamento; en este tipo de reconocimiento el órgano que esté conociendo de un procedimiento es competente para reconocer una decisión, previa apertura de una cuestión incidental, sin un procedimiento previo de homologación. La autoridad que está conociendo deberá controlar que concurren los presupuestos para que esa decisión sea reconocible y que no concurre ninguna causa para que se pueda denegar el reconocimiento<sup>32</sup>, pero no cabe el control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen<sup>33</sup>; tampoco se puede hacer una revisión de fondo sobre la resolución extranjera<sup>34</sup>; y cabe reconocer resoluciones judiciales no firmes, en cuyo caso podrá dictarse la suspensión del procedimiento de reconocimiento si una resolución dictada en otro Estado miembro fuere objeto de recurso ordinario<sup>35</sup>. Se da para supuestos en los que es necesario reconocer una decisión que se suscita en medio de un procedimiento ya abierto, para poder proseguir con la causa; pero el reconocimiento incidental solo surte efectos dentro del procedimiento en el que se quiere hacer valer la resolución concreta, por lo que si en un proceso posterior quisiesen hacerse valer los efectos de una resolución reconocida incidentalmente en el marco de un proceso anterior, esta misma resolución deberá volver a ser reconocida en el marco del proceso posterior.<sup>36</sup> El tercer tipo de reconocimiento que nos encontramos es el reconocimiento a título principal y la declaración de ejecutividad, regulados en los artículos 21.3 y 28 y siguientes del Reglamento. Este reconocimiento procede solo a petición de alguna de las partes del procedimiento; si hablamos de reconocimiento a título principal, cabe en cualquier materia y puede instarse para el reconocimiento de la decisión o para el no reconocimiento de la misma. La declaración de ejecutoriedad, sin embargo, solo cabe en cuanto a materia de responsabilidad parental.

Pero hay circunstancias que impiden que pueda reconocerse una resolución en un Estado miembro diferente al que la dictó, y que también vienen recogidas en el propio Reglamento. Los motivos que niegan el reconocimiento de decisiones son: 1) que el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, atendiendo siempre al interés del menor; 2) resoluciones dictadas, salvo caso de

---

<sup>31</sup> Vid. J.S Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Thomson Civitas, 2010, pág. 205

<sup>32</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 343

<sup>33</sup> Vid. Artículo 24 del Reglamento Europeo 2201/2003.

<sup>34</sup> Vid. Artículo 26 del Reglamento Europeo 2201/2003.

<sup>35</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Protección de menores" *op.cit.*, p. 246.

<sup>36</sup> *Ibidem* p. 344

urgencia, sin haber dado audiencia al menor; 3) decisión dictada en rebeldía, con infracción de derechos de defensa; 4) resoluciones dictadas sin haber dado posibilidad de audiencia a la persona que alega que esa resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental; 5) que la resolución que pretende reconocerse sea inconciliable con otra posterior dictada por el Estado Miembro requerido, o en otro Estado no Miembro (el de residencia habitual del menor), cuando la decisión dictada con posterioridad reúna las condiciones que se le exigen para ser reconocida en el Estado Requirente; 6) que no se respete el procedimiento que se recoge en el artículo 56<sup>37</sup> del Reglamento, sobre el acogimiento<sup>38</sup>.

Tal y como se desprende del artículo 21 del Reglamento, las resoluciones que se dictan en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembro sin necesidad de recurrir a ningún tipo de procedimiento, suprimiendo el exequátur<sup>39</sup>. Así es como se crea la posibilidad de dictar una sentencia que será directamente aplicable y ejecutable en todos los Estados miembros, sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento de reconocimiento. Este título, (Título Ejecutivo Europeo) viene recogido en el artículo 42 del Reglamento, con el que se pretende asegurar la restitución inmediata del menor.

Este título opera cuando el Juez del Estado requerido dicta una sentencia de no restitución alegando los requisitos del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 (supuestos se estudiarán en el capítulo III de este mismo trabajo). Cuando se ha dictado una resolución de no restitución por parte del Estado de destino del menor, pero con posterioridad un juez competente, conforme a las normas de competencia del propio Reglamento, dicta una sentencia en la que sí que se ordena la restitución del menor, esta última sentencia se certifica como Título Ejecutivo Europeo por el juez de origen de

---

<sup>37</sup> Vid. Artículo 56 del Reglamento Europeo 2201/2003: “1. Cuando el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 considere el acogimiento del menor en un establecimiento o una familia, y este acogimiento haya de tener lugar en otro Estado miembro, consultará previamente a la autoridad central o a otra autoridad competente de este último Estado miembro si estuviera prevista la intervención de una autoridad pública en dicho Estado miembro para los casos internos de acogimiento de menores. 2. La resolución sobre el acogimiento contemplado en el apartado 1 sólo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado requerido haya aprobado dicho acogimiento. 3. Los procedimientos de consulta o de aprobación contemplados en los apartados 1 y 2 se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro requerido. 4. Si el órgano jurisdiccional competente en virtud de los artículos 8 a 15 decide el acogimiento del menor en una familia y este acogimiento va a tener lugar en otro Estado miembro en el que no está prevista la intervención de una autoridad pública para los casos internos de acogimiento de menores, el órgano jurisdiccional informará de su decisión a la autoridad central u otra autoridad competente de ese Estado miembro”.

<sup>38</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Protección de menores”...*op.cit.*, p. 246.

<sup>39</sup> *Ibidem.*, p. 229.

oficio, debiendo practicarse los controles en el Estado de origen<sup>40</sup>. Estos controles son: la audiencia a todas las partes, la audiencia al menor cuando sea posible en base a su edad y a su madurez y la valoración y prueba de las circunstancias que dieron motivo a la sentencia de no restitución del menor, invocadas por el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980<sup>41</sup>

#### 4. Cooperación entre autoridades. Integración del Convenio de la Haya de 1980.

En la cooperación entre autoridades a efectos de la sustracción internacional de menores, también entra en juego el Convenio de la Haya de 1980<sup>42</sup>. La relación entre el Reglamento Europeo 2201/2003 y el Convenio de la Haya de 1980 tiene reglas particulares; el Reglamento, con carácter general, prima en las relaciones entre Estados Miembros con respecto de los Convenios, quedando estos desplazados en su totalidad cuando se aplica el Reglamento (es el caso del Convenio de Luxemburgo de 1980); pero la relación de supremacía que tiene el Reglamento 2201/2003 con el Convenio de la Haya de 1980 no supone la inaplicabilidad de este; el Reglamento complementa al texto convencional<sup>43</sup>. El Convenio busca articular una acción directa de restitución del menor que ha sido sustraído ilícitamente, por lo que cuando los Estados implicados en un supuesto de sustracción internacional de menores son parte del Convenio y miembros de la Unión Europea (junto con Reino Unido e Irlanda), la acción directa de restitución del menor se articula con respecto al procedimiento contenido en el Convenio, pero con las especialidades que vienen contenidas en el artículo 11 del Reglamento<sup>44</sup>

Esto se produce porque el ámbito de aplicación del Reglamento y del Convenio no coincide, el Convenio se aplica a la cooperación entre autoridades en caso de la sustracción internacional de menores, mientras que el Reglamento afecta a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones.

Las siguientes líneas de investigación de este trabajo sólo se centrarán en la relación entre el artículo 11 del Reglamento con el texto convencional a los efectos de la cooperación entre autoridades, dejando el fondo del procedimiento de restitución para el capítulo III.

---

<sup>40</sup> Vid. I. Reig Fabado, *op. cit.*, p. 235.

<sup>41</sup> Vid Capítulo IV: *El Título Ejecutivo Europeo*, de este trabajo.

<sup>42</sup> Vid. I. Reig Fabado, *op. cit.*, p. 237

<sup>43</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p 125; Vid. Isabel Reig Fabado, *op. cit.*, p. 237

<sup>44</sup> *Ibidem.*, p. 226

Para conseguir los objetivos que se presentan en materia de sustracción internacional de menores se necesita una cooperación muy estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los estados contratantes<sup>45</sup>.

Debe partirse de la base de que cada Estado Miembro de la Unión Europea y parte del Reglamento nombrará una autoridad central que se encargue de ser el nexo de unión entre las autoridades judiciales de su propio Estado con las autoridades centrales del Estado que la requieran. Las funciones que deben desempeñar las autoridades centrales vienen recogidas en el artículo 55 del Reglamento, siendo su cometido adoptar las medidas adecuadas para: 1) recabar información sobre la situación del menor, los procedimientos pendientes y resoluciones adoptadas que le conciernan; 2) proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y ejecución de resoluciones en su territorio, en especial derechos de visita y restitución del menor; 3) facilitar la comunicación de los órganos jurisdiccionales, especialmente para dar traslado de la resolución de no restitución al Estado requirente, para notificar a las partes las resoluciones de no restitución y que puedan presentar las reclamaciones pertinentes, y en los casos en los que se entienda que hay un juez mejor situado para conocer del caso; 4) proporcionar toda la información y la asistencia necesaria y que sea útil para los supuestos de acogimiento del menor en otro Estado Miembro y facilitar acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios. Las funciones de las autoridades centrales pueden desdoblarse en dos ámbitos: el de carácter general, en la que se encuadrarían las obligaciones de facilitar la información sobre las legislaciones y los procedimientos nacionales; y las otras que con de carácter particular, donde se encuadra el intercambio de información sobre la situación del menor, sobre los procedimientos pendientes o sobre las resoluciones adoptadas que conciernan al menor. Lo que se busca es facilitar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales y la celebración de acuerdos entre titulares de la responsabilidad parental, con la consiguiente facilidad de cooperación transfronteriza.<sup>46</sup>

La cooperación entre autoridades se ilustra, en materia de sustracción de menores, con una combinación del artículo 55 del Reglamento (que hemos mencionado antes)

---

<sup>45</sup> Vid. E. Pías García, “Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción de menores” en M<sup>o</sup>. D. Adam Muñoz y S. García Cano, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*”, Madrid, Cóllex, 2004, p. 75

<sup>46</sup> Vid. A. Durán Ayago, “Reconocimiento de medidas de protección y cooperación entre autoridades”, en A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs), *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid, Cóllex, 2004, p. 259.

con el contenido general de cooperación entre autoridades a los efectos de la protección de menores en general, y el artículo 11 del Reglamento, en sus apartados 6 y 7<sup>47</sup>, específicos para la sustracción internacional de menores.

## II. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

### 1. Definición normativa del concepto.

El Convenio de la Haya de 1980 establece que el traslado del menor se considerará ilícito cuando se configura infringiendo un derecho de custodia o visita, siendo otorgado ese derecho por sentencia, por resolución judicial o administrativa, o por medio de un acuerdo conforme a las leyes nacionales del Estado de la residencia habitual del menor en el momento inmediatamente anterior a su traslado o retención, siempre que ese derecho fuera ejercido de forma efectiva, se podría haber ejercido si no se hubiese producido el secuestro<sup>48</sup>.

Este artículo es la pieza clave del Convenio, pues establece el campo, tanto jurídico como fáctico, protegido por el mismo texto legal; el jurídico está compuesto por el derecho de custodia, de acuerdo con el Derecho del Estado de la residencia habitual del

---

<sup>47</sup> Vid. Artículo 11 apartados 6 y 7 del Reglamento Europeo 2201/2003: “... 6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado un resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado L 338/6 ES Diario Oficial de la Unión Europea 23.12.2003 miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución. 7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto”.

<sup>48</sup> Vid. Artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980: “El traslado o la retención de un menor se considerarán lícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) 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 en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

menor, y el elemento fáctico, que ese derecho de custodia que se ve vulnerado esté efectivamente protegido<sup>49</sup>.

Por otro lado, el Reglamento se inspira en la definición que da el Convenio<sup>50</sup> sobre lo que debe entenderse por traslado o retención ilícitos aunque es más claro añadiendo cuándo se entenderá o qué se entenderá por custodia compartida<sup>51</sup> (cuando ninguno de los progenitores pueda decidir sobre el lugar de residencia habitual del menor sin el consentimiento del otro).<sup>52</sup> Ambas normas están de acuerdo en que se producirá un traslado ilícito de un menor cuando se ha llevado a cabo el traslado infringiendo un derecho de custodia o de visita, que deberá haber sido adquirido por medio de una resolución judicial, por 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 en el momento inmediatamente anterior a que se produjese el traslado o retención; también es común a ambas normas que para poder considerar vulnerado ese derecho de guarda o custodia, el mismo debía ejercerse de forma efectiva (por quien era su titular) en el momento del traslado o la retención, y en caso contrario, el traslado debió ser la causa que impidiese su ejercicio.

Es por ello que para considerar un traslado o retención ilícito a la luz de la normativa examinada se extrae: 1) que el traslado o retención supongan una infracción de un derecho de custodia o visita; 2) ese derecho de custodia o visita fuera efectivo en el momento en que se produce la infracción, o lo hubiese sido de no haberse producido trasladado al menor; 3) se entiende que la residencia habitual del menor estaba fijada en el Estado en el que residía en el momento inmediatamente anterior a que se produjese el

---

<sup>49</sup> Vid J.M de la Rosa Cortina, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch monografías, 2010, pág 113

<sup>50</sup> Vid. A. Devers, “Les enlèvements d’enfants et le Règlement Bruxelles II bis”, en H. Chiron (ed), *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*”, Bruselas, Bruylant, 2004 p 35; P.P. Miralles Sangrò, *el secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1989, pp 101 y ss.

<sup>51</sup>Vid. J.M De la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 200.

<sup>52</sup> Vid. Artículo 2.11 del Reglamento 2201/2003: “11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por 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, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”.

traslado o retención; 4) el traslado o retención tiene como consecuencia que el menor se haya trasladado a un Estado diferente a aquel donde tenía su residencia habitual.

Aunque a simple vista pueda parecer que de las definiciones normativas que se han analizado, quede determinado cuál es el concepto de sustracción ilícita, esto no es así. Tanto en el Reglamento 2201/2003, como en el Convenio de la Haya de 1980, se hace referencia a términos y conceptos que ninguna de las dos normas definen en su articulado, por lo que es necesario hacer un esclarecimiento previo de los términos de los que se sirve la normativa comunitaria, a la hora de darle una definición al concepto de sustracción internacional de menores.

## 2. Problemas de delimitación del concepto.

Los problemas que surgen al hilo de la delimitación del concepto de secuestro internacional de menores, es que la normativa aplicable hace referencia al contenido de la situación que da lugar a la sustracción, pero no hace referencia a la definición de las figuras que deben respetarse para considerar ilícito el traslado<sup>53</sup>.

Así pues, dentro del concepto que normativo del secuestro internacional de menores, se hace referencia a una serie de conceptos en los que no el Reglamento ni el Convenio se detienen para darles un contenido conceptual que ayude a delimitar mejor el concepto de sustracción internacional de menores, los cuales deben ser esclarecidos al hilo de la doctrina y la jurisprudencia.

El primero de los conceptos a los que se hace referencia es al concepto de la “*responsabilidad parental*”<sup>54</sup>, concepto que va a englobar a todos los demás. Puede entenderse que la responsabilidad parental es el conjunto de derechos y deberes que ostentan los responsables de los menores para asegurar su bienestar y promover su correcto desarrollo psíquico, físico y moral<sup>55</sup>. Esos derechos y deberes pueden resumirse en: el cuidado del menor, protección del menor, educación del menor, contribución en el mantenimiento de las relaciones personales del menor, determinación de la residencia del menor, administración de los bienes del menor con la mayor diligencia posible y la representación legal del menor.

---

<sup>53</sup> Vid. M. De la Rosa Cortina, *op.cit.*, pp 65 y 66.

<sup>54</sup> Sobre la evolución del concepto de responsabilidad parental vid. R. Espinosa Calabuig, *custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, p. 64-78.

<sup>55</sup> Vid. C. Nourissat, “Le règlement “Bruxelles II bis”: conditions générales d’application” en H. Fulchiron y C. Nourissat (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p.6

Según los términos del Reglamento 2201/2003, la responsabilidad parental comprende las obligaciones y derechos conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por medio de un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona y los bienes del menor<sup>56</sup>. Este concepto incluye: derecho de custodia, derecho de visita, tutela, curatela y otras instituciones análogas, la designación y las funciones de toda persona y organismo encargado de ocuparse de la persona y de los bienes del menor, representarle o prestarle asistencia, acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento, medidas de protección del menor respecto a la administración, conservación y disposición de sus bienes, así como las medidas de derecho público que afectan a la Guarda del menor, quedando excluidas, las medidas de derecho público generales relativas a la salud y la educación<sup>57</sup>.

Podemos, pues, entender la responsabilidad parental como la obligación que tienen los padres de cuidar a sus hijos, debiendo hacer efectivos los derechos de visita y custodia (fundamentales para el estudio del traslado o retención ilícitos de un menor).

Podrán ser titulares de la responsabilidad parental, con preferencia los progenitores del menor, aunque podrá serlo cualquier persona física o jurídica, que se encuentre a cargo del cuidado del menor<sup>58</sup>.

A los efectos del Reglamento quedaría excluida de la responsabilidad parental: la determinación y la impugnación de la filiación, las resoluciones sobre la adopción de medidas que preparen, anulen o revoquen la adopción, el nombre y los apellidos del menor, la emancipación, las obligaciones de alimentos, fideicomisos y sucesiones, las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores, las medidas relativas a la Seguridad Social, el derecho de asilo e inmigración y las medidas de derecho público generales relativas a la salud y la educación.

En el artículo 18 del Convenio de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, recoge que *“los Estados Contratantes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo*

---

<sup>56</sup> Vid. Artículo 2.7 del Reglamento 2201/2003: *“A los efectos del presente Reglamento se entenderá por: 7): responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”*.

<sup>57</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2007, Caso C

<sup>58</sup> Vid. M. C. Baruffi, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padua 2005, p. 150; F. Jault, “la notion de “responsabilité parentale”, en H Fulchiron y C. Nourissat (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 164

que respecta al desarrollo y crianza del niño...”<sup>59</sup> Lo que se extrae de esta cita, es que la responsabilidad parental no se aísla solo en las obligaciones que tiene el padre guardador con respecto del menor; la responsabilidad parental se extiende a toda persona que tenga el deber de cuidado y crianza del menor, con independencia que ostente el derecho de guarda, o el derecho de visita; por lo que el concepto de responsabilidad parental no solo se refiere a los derechos de custodia y de visita<sup>60</sup>

#### A) El concepto de menor.

A lo largo del articulado del Reglamento 2201/2003, aparecen numerosas referencias a la figura de menor, si bien es cierto que en ningún momento se define. Ante esta ausencia de definición del concepto de menor, la doctrina ha planteado numerosas tesis; una parte<sup>61</sup> defiende que se debe hacer una interpretación autónoma del concepto de menor dentro del Reglamento, y defiende, también, que esa edad deberá ser la de los 18 años. Otra parte<sup>62</sup> mantiene que deberá interpretarse con respecto a la ley interna de los Estados competentes para conocer el caso. Y por último, hay quien defiende que debe hacerse la misma interpretación que se hace de menor en el Convenio de la Haya de 1980<sup>63</sup>.

Como interpretación autónoma se toma la referencia de los 18 años, pero en este caso se plantea el problema de aquellos menores que están comprendidos entre los 16 y los 18 años, a los que sí les sería aplicable el Reglamento 2201/2003, pero no podría aplicárseles el Convenio de la Haya de 1980, de cara a articular las remisiones que hace el Reglamento sobre el Convenio, pudiendo encontrarnos ante un supuesto en el que un menor de 17 años, ha sido víctima de un secuestro internacional, sujeto a quién sí le serán aplicables los preceptos 10 (sobre competencia judicial internacional), 11 (acción de restitución) y 40 y siguientes (sobre la fuerza ejecutiva de las resoluciones que implican la restitución del menor)<sup>64</sup>, todos ellos del Reglamento 2201/2003. Conforme a

---

<sup>59</sup> Vid. M. Moya Escudero, *Aspectos Internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, 1998, pp 23 y 24

<sup>60</sup> Vid. F. Jault, *op. cit.*, p. 161.

<sup>61</sup> Vid. A. Devers, “Les enlèvements ...” *op. cit.* p. 36

<sup>62</sup> Vid. Guía para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II bis, Bélgica, 2005, p. 10.

<sup>63</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, pp 158 y 159; P. Maestre Casas, “Sustracción y restitución internacional de menores” en E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 511; J.M de la Rosa Cortina, *op. cit.*, (quien considera que existe una remisión tácita al Convenio de la Haya de 1980).

<sup>64</sup> Vid. C. M. Caamiña Domínguez, *La sustracción de Menores en la Unión Europea*, Cóllex, 2010, pp 29

la interpretación autónoma, en este sentido, el artículo 11 del Reglamento ya no podría activarse con respecto a este menor, puesto que en todas las correcciones que se han hecho en el Reglamento, con respecto al Convenio de la Haya de 1980<sup>65</sup>, en ninguna de ellas se hace referencia a la edad del menor, por lo que en la interpretación que hagamos de lo que debe entenderse como menor, no puede alterarse la edad de 16 años que rotundamente establece el Convenio.<sup>66</sup>

Aparentemente, el artículo 10 del Reglamento sí se podría aplicar en este caso, dado que habla de la competencia judicial internacional, cuando el menor haya sido sustraído ilícitamente de forma intracomunitaria, pero para determinar cuándo se produce la sustracción se hace referencia continua a la presentación de una demanda en un determinado plazo, demanda que deberá ser presentada en virtud del mecanismo previsto en el Convenio de la Haya de 1980, con lo que vuelve a quedar inoperativo este precepto con respecto al caso que se analiza.<sup>67</sup>

Por último, en cuanto a la aplicación del artículo 40, sobre la fuerza ejecutiva de las resoluciones que implican la restitución del menor, lo hace con respecto a aquellas restituciones realizadas en base al contenido del artículo 11.8 del Reglamento, que nos lleva al supuesto de que, por medio de los mecanismos que se establecen en el Convenio de la Haya de no restitución, se dicte con posterioridad una sentencia de restitución del menor, por un órgano competente, volviendo otra vez al problema del desfase en cuanto a la edad, y por tanto a la inaplicación de este precepto también.<sup>68</sup>

En cuanto al mantenimiento de una interpretación autónoma del Reglamento, este supuesto se planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con respecto a una cuestión prejudicial sobre un caso de guarda y acogimiento (y no de secuestro). Esta cuestión fue planteada por Korkein Hallinto-Oikeus (Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia), y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contestó: *“únicamente una aplicación uniforme del Reglamento 2201/2003 en los Estados miembros que exija que su ámbito de aplicación venga definido por el Derecho Comunitario y no por los ordenamientos jurídicos nacionales es apta para garantizar que se alcancen los objetivos que persigue dicho Reglamento, entre los que figura la igualdad de trato de todos los menores de que se trate”*<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Protección de menores” *op. cit.*, p. 308.

<sup>66</sup> Vid. C. M. Caamiña Domínguez, *op.cit.* .p29

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 29

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 30

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 28

En cuanto a la otra solución que da la doctrina<sup>70</sup> de remitirse a la ley nacional de cada Estado para ver cuál es la interpretación que se hace en cada una de ellas de la edad a la que un menor deja de serlo, implica que un sujeto que sea menor para los tribunales de un Estado, no lo sea para los tribunales de otro Estado, y como hemos hecho referencia antes, debe pretenderse una interpretación uniforme del Reglamento que asegure la igualdad de trato entre los menores.<sup>71</sup>

Desde mi punto de vista estamos favoreciendo la inseguridad jurídica, porque no hay un criterio claro que fije de forma invariable una edad de referencia. Si lo que se pretende con el Reglamento 2201/2003 es la unificación de decisiones en cuanto a lo que se refiera al secuestro internacional de menores, no podemos permitir que cada uno de los Estados a los que les sea aplicable el Reglamento puedan decidir, en base a sus leyes nacionales, lo que debe entenderse por menor o mayor de edad. Si tomamos como referencia la ley nacional de cada país, estamos distanciándonos del espíritu armonizador, en cuanto a decisiones sobre el secuestro internacional de menores, que quiere conseguir el Reglamento.

Como contrapartida a estas dos interpretaciones doctrinales, yo prefiero adherirme a aquella interpretación que hace la doctrina<sup>72</sup> de considerar que, en el seno del Reglamento, debe interpretarse el concepto de menor en los mismos términos que lo hace el Convenio de la Haya de 1980. Las razones en las que baso mi postura son que el Reglamento ha seguido el referente del Convenio de la Haya para forjar su articulado, y parece que lo más oportuno es considerar que la referencia que el Convenio hace con respecto a lo que debe de entenderse por menor, es la mejor interpretación que puede hacerse de la finalidad del Reglamento. Según esta definición del Convenio de la Haya de menor, se entiende por menor a cualquier persona menor de 16 años.

Esta solución es la que nos permite evitar las incoherencias manifiestas en líneas anteriores. Así, le damos la unidad de interpretación que se buscaba en la primera de las tesis, basándola en el Convenio, norma de la que el Reglamento se ha servido para su articulado, dejando fuera la teoría en la que será la ley nacional la que se encargue de la delimitación de la mayoría de edad, asegurando la igualdad entre todos los menores y la seguridad jurídica de saber qué concepto aplicar.

---

<sup>70</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II bis, *op. cit.*

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp 32 y 33

<sup>72</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, pp 158 y 159; P. Maestre Casas, *op. cit.*, p. 511; J.M de la Rosa Cortina, *op. cit.*, (quien considera que existe una remisión tácita al Convenio de la Haya de 1980).

El siguiente problema que se plantea al hilo del concepto de menor es qué ocurre con un menor emancipado. La figura del emancipado es aquella en la que un menor de edad se independiza de su residencia y deja de estar sometido a la patria potestad, teniendo incluso capacidad para establecer su residencia habitual. Hay determinadas normas, como el Convenio de Luxemburgo de 1980, que expresamente excluyen de su ámbito de aplicación a los menores emancipados, pero en el supuesto que nos ocupa a nosotros (el Reglamento 2201/2003 y el Convenio de la Haya de 1980), no se hace referencia alguna a esta situación.

Desde mi punto de vista el hecho de que el menor esté emancipado es un dato fundamental. Si es menor de edad, en principio quedaría incluido dentro del ámbito de aplicación de ambas normas, pero ya no está sujeto a responsabilidad parental, y por lo tanto ninguno de sus progenitores o representantes legales podrán decidir sobre su residencia habitual, con lo que, a efectos de la aplicación del Reglamento y del Convenio en lo que a sustracción internacional de menores se refiere, se excluirían del ámbito de aplicación a los menores no emancipados, aunque no se establezca de forma expresa en ninguno de sus preceptos, la voluntad de ambas normas es la protección del menor sometido a guarda por alguno de sus progenitores, situación que, en el supuesto de estar emancipado no se da.

## B) Residencia habitual.

El concepto de residencia habitual es un concepto ambiguo y que no viene definido en la normativa aplicable, aunque sí se explica en la doctrina y en la jurisprudencia. El Convenio de la Haya, en su artículo 4<sup>73</sup>, establece que se aplicará a los menores que hayan tenido su residencia habitual dentro de un Estado parte del Convenio, antes de que se produzca el secuestro o retención ilícita, por lo que resulta evidente tener que delimitar qué es lo que se entiende por residencia habitual, para saber cuáles son los casos que veremos establecidos dentro del marco del Convenio de la Haya. Una buena delimitación del concepto de residencia habitual es fundamental, puesto que es el pilar que permite establecer cuál es el Tribunal competente para conocer en un supuesto de traslado o retención ilícita de un menor.

---

<sup>73</sup> Vid. Artículo 4 del Convenio de la Haya de 1980: El convenio se aplicara a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediateamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El convenio dejara de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.

Pérez Vera<sup>74</sup>, entiende el concepto de residencia habitual de una forma diferente al concepto de domicilio. Vera entiende que este concepto es un concepto de hecho, y no de derecho, por lo tanto la “residencia habitual” no busca cuestiones de derecho (tales como un permiso de residencia), sino cuestiones de hecho, a la luz de características como la continuidad, la duración y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y ese lugar que calificamos de residencia habitual.<sup>75</sup>

Analizando la doctrina<sup>76</sup> se aprecia como hay un lazo común en el que se sigue la línea que propone Pérez-Vera, basando la definición de residencia habitual, no en una mera definición legal, sino en una definición de hecho y que, por lo tanto, debe ser interpretada en cada caso concreto. No se puede dar una definición estanca de lo que se entiende por residencia habitual con carácter general para todos los supuestos, debe irse supuesto a supuesto viendo las circunstancias de cada caso.

Los problemas que se plantean en cuanto a la aplicación del concepto de residencia habitual, son la diferencia de, por parte de los diferentes Tribunales, en los que la concepción de lo que debe entenderse por residencia habitual varía.

La residencia habitual del menor es aquella en la que el menor se encontraba inmediatamente antes de producirse el secuestro o la sustracción ilícita. Para la ilustración práctica de esta teoría es de vital importancia hacer referencia al caso *Friedrich Vs Friedrich*<sup>77</sup>, recogido en el informe de la Comisión Especial para el Seguimiento de la aplicación de Convenio de la Haya de 1980, realizada en el año 1993. *Aquí, el menor tenía 2 años en la fecha del supuesto traslado ilícito. Había vivido toda su vida en Alemania. Los padres se habían separado recientemente. El 2 de agosto de 1991, la madre se llevó al menor a los Estados Unidos, el Estado de origen de ella, a la base militar americana en la que trabajaba, para después trasladarse a Estados Unidos. (...)*. En este supuesto se plantea cuál era la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o la retención ilícita; por un lado, el Tribunal

---

<sup>74</sup> Vid. E. Pérez Vera, *Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 1980*.

<sup>75</sup> Vid. España, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, “Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de conceptos de Domicilio y Residencia, de 1972” en *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*, Madrid, Centro de publicaciones, Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de conceptos de Domicilio y Residencia, de 1972.

<sup>76</sup> Vid, entre otros, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Protección de menores, *op. cit.*”, p. 274; B. Gómez Bengoechea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 1980*, Madrid, Dykinson, 2002

<sup>77</sup> Vid. *Friedrich v. Friedrich*, *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, referencia INCADAT: HC/E/USf 142.

determina si la residencia habitual del menor era Estados Unidos (puesto que antes del traslado al domicilio de Estados Unidos, el lugar en el que el menor se encontraba inmediatamente antes del traslado o la retención era la base militar Estadounidense donde trabajaba su madre), o si por el contrario se entiende que la residencia habitual del menor era, en lugar de Estados Unidos, Alemania (lugar donde residía con ambos progenitores, y donde había residido toda su vida). En este caso la Court of Appeal establece que la residencia habitual del menor se encontraba en Alemania.

Con esta decisión se pone de manifiesto como el mero traslado del menor a otro domicilio no supone la pérdida, por sí mismo, de la residencia habitual de este, sino que hace falta para poder considerar como habitual un lugar de residencia, que el menor adquiriera cierto arraigo, nuevos lazos sociales, vínculos escolares y afectivos, quedando de relieve como el espíritu del Convenio de la Haya es el de interpretar el concepto de residencia habitual desde un punto de vista práctico. Puede ser útil para la delimitación del mismo, la definición que se hace en la sentencia del *Oberlandesgericht* de Stuttgart de 23 de junio de 1975, en aplicación al Convenio de la Haya de 1961. *“Por residencia habitual del menor hay que entender una situación efectivamente existente, creada después de un período de cierta duración, el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor, lugar que no deriva del domicilio de los padres, y que está determinado de forma autónoma; una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta integración en el medio; las relaciones de tipo provisional no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un periodo de larga duración”*.

Además, el Reglamento Europeo 2201/2003, en su artículo 2.11<sup>78</sup> hace referencia a la residencia habitual, para los supuestos en los que se produce un traslado o retención de un menor infringiendo un derecho de custodia o de visita; y el artículo 10<sup>79</sup> establece que serán competentes para conocer de un supuesto de traslado o retención los tribunales del Estado Miembro y parte del Reglamento en el que el menor tenía su

---

<sup>78</sup> Vid. Artículo 2.11 del Reglamento Europeo 2201/2003: *“Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por 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 (...)”*

<sup>79</sup> Vid. Artículo 10 del Reglamento Europeo 2201/2003: *“En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro (...)”*

residencia habitual inmediatamente antes de que se produzca el traslado o la retención ilícita. Para la interpretación del concepto de residencia habitual hay que atender a las circunstancias de hecho, y no de derecho. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea define: *“El concepto de "residencia habitual" a efectos de los artículos 8 y 10 del 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, debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro, distinto del Estado de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso”*<sup>80</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entiende que para la mayor protección del interés del menor el concepto de residencia habitual debe atenderse a la integración del menor en su entorno tanto social como familiar, las condiciones y razones por las que el menor permanece en el Estado y la nacionalidad del menor; además, hay que asegurarse, para poder considerar un lugar de residencia como el lugar de residencia habitual del menor, que su estancia allí no sea con carácter temporal u ocasional. Si bien en el Reglamento Europeo 2201/2003 no se establece ningún plazo establezca cuándo se considera habitual una residencia o no, el tiempo de duración debe tenerse como indicio, ya que la habitualidad de la residencia viene determinada por otros factores que van a depender de las circunstancias personales del menor; tales como la edad que tenga el menor. Si el menor es de corta edad, su entorno social va a ser esencialmente el entorno familiar, que vendrá determinado por la persona o las personas de referencia

---

<sup>80</sup> Vid. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 22 de Diciembre de 2010, petición de decisión prejudicial planteada por la Court Of Appeal, caso Barbara Mercredi / Richard Chaffe (Asunto C-497/10 PPU).*

con las que vive y lo guardan efectivamente. Cuando hablamos de un menor lactante, además de la integración del menor en el medio hay que mirar la integración que tiene la madre en el mismo<sup>81</sup>. Por el contrario, cuando el mayor está en edad de escolarización la integración social ya no va a estar basada solo en el entorno familiar, también lo estará en sus relaciones personales y en sus actividades diarias, de tal forma que a mayor edad del menor, va a ir incrementando el valor del arraigo social a la vez que disminuye el arraigo familiar<sup>82</sup>.

Para establecer la definición de residencia habitual tenemos que basarnos en circunstancias fácticas que demuestren la integración del menor en su nuevo entorno: integración familiar, escolarización, relaciones personales, conocimiento del idioma, duración y razones de la estancia en el territorio.

Concluyo que cuando nos encontramos ante la residencia habitual de un menor debemos tener en cuenta tanto las circunstancias personales de sus progenitores como las del menor mismo<sup>83</sup>. Discrepo aquí con una parte de la jurisprudencia que entiende que el énfasis deberá dársele al menor, como ocurre en el caso de Canadá<sup>84</sup>, y con la vertiente contraria que entiende que el énfasis deberá dársele a las circunstancias de los padres<sup>85</sup>, como ocurre en el caso del fallo del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América, muy influyente al disponer que deberá haber una intención establecida de abandonar una residencia habitual existente antes de que el menor pueda adquirir una nueva. Esto ha provocado que se dieran circunstancias en los que, la falta de acuerdo entre los progenitores respecto al objeto de la mudanza provoca que el menor no hubiese perdido la residencia habitual anterior, aunque hubiese permanecido fuera de ella durante un largo período de tiempo<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Vid. B. Gómez Bengoechea, *op. cit.*

<sup>82</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado Vol. II, op. cit.*, p. 418

<sup>83</sup> Vid. *Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom *C. v. S. (A Minor) (Abduction)*, House of Lords, referencia INCADAT HC/E/UKe2

<sup>84</sup> En Canadá, en la Provincia de Quebec, se adopta un enfoque orientado al menor. la Cour d'appel de Montréal sostuvo que la determinación de la residencia habitual de un menor era una cuestión puramente fáctica que debía resolverse a la luz de las circunstancias del caso con respecto a la realidad de la vida del menor, más que a la de sus padres. El plazo de residencia efectiva debe haberse extendido durante un período de tiempo continuo no insignificante; el menor debe tener un vínculo real y activo con el lugar, aunque no se establece período de residencia mínimo alguno, *Droit de la famille 3713, No 500-09-010031-003*, cita INCADAT: HC/E/CA 651

<sup>85</sup> Vid. *Mozes v. Mozes*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, cita INCADAT: HC/EUSF301.

<sup>86</sup> Vid. *Holder v. Holder*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, cita INCADAT: HC/E/USF777, conservación de la residencia habitual de un menor En Estados Unidos tras 8 meses de estancia intencional de 4 años en Alemania; *Ruiz v Tenorio*, United States Court of Appeals for the

Desde mi punto de vista, lo que se busca por encima de todo es la protección de los intereses de los menores. Es por ello que no podemos caer nunca en el extremo, no debiendo basar todas las decisiones que se tomen analizando las circunstancias del menor; pero tampoco en los de los padres, pues estaríamos perdiendo la esencia de la normativa en materia de protección de menores.

### C) Derecho de custodia.

El derecho de custodia es uno de los conceptos más importantes para poder hacer una aplicación correcta del Reglamento 2201/2003, y por lo tanto, del Convenio de la Haya de 1980. De la interpretación que se haga del concepto, va a depender que se puedan poner en marcha, o no, los procedimientos previstos para la protección y restitución de menores que se contienen en estas normas, porque una de las condiciones que se exige para activar el procedimiento de restitución previsto tanto en el Reglamento como en el Convenio es que el traslado o la retención del menor se lleve a cabo infringiendo un derecho de custodia.

El Reglamento Europeo 2201/2003 no tiene una definición concreta de derecho de custodia, pero en este caso establece un contenido mínimo<sup>87</sup>

Los contenidos que debe tener el derecho de custodia para poder considerarlo como efectivo a la luz del Reglamento son: 1) deberá ser adquirido por resolución judicial, por 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, 2) deberá estar ejercido en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención<sup>88</sup>.

Y según el Convenio: 1) deberá ser atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención 2) deberá ser ejercido de forma efectiva, separada o conjuntamente,

---

Eleventh Circuit, cita INCADAT: HC/E/USF780; *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, United States District Court for the Eastern District of Washington, Cita INCADAT: HC/E/USF 482.

<sup>87</sup> Vid. B. Gómez Bengoechea, *op. cit.*, p. 109

<sup>88</sup> Vid. Artículo 11 del Reglamento 2201/2003.

en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.<sup>89</sup>

Una vez que ambas normas delimitan cuál debe ser la forma en que debe ostentarse un derecho de custodia para ser considerado efectivo, el siguiente paso es saber cuál es el contenido de ese derecho de custodia. Para el Reglamento, el derecho de custodia son los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia<sup>90</sup>, y para el Convenio de la Haya de 1980, 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.<sup>91</sup> El contenido de ambas normas es el mismo, velar por el cuidado del menor, y derecho a decidir sobre su lugar de residencia, pero son normas de contenido oscuro, y se han planteado muchos problemas a la hora su aplicación, debido al contenido mínimo que contienen con respecto a este derecho.

Para solucionar el problema de la oscuridad de las normas, el primer paso es saber qué calificación debe hacerse del derecho de custodia, para determinar si algunas situaciones con respecto a la guarda de los menores que están creadas por la legislación interna de cada Estado pueden ser consideradas o no como tal a la luz de las normas<sup>92</sup>. A este problema planteado, da respuesta la Comisión Especial para el Seguimiento de la aplicación de Convenio de la Haya de 1980, en el año 1989, resuelve el planteamiento de forma tal que mantiene que para conocer el contenido del derecho de custodia, deberá hacerse a la luz del propio Convenio, sin prestar atención a las calificaciones que puedan hacer al respecto las legislaciones internas de cada Estado; de esta forma, poco importa que la legislación interna de un Estado confiera para sí un contenido de derecho de Custodia; si este derecho no se ajusta a lo que el Convenio de la Haya interpreta como tal, la calificación interna carecerá de sentido.

Así es como se plantean en la práctica los problemas de delimitar si figuras tales como los derechos de custodia imperfectos o el derecho de veto son realmente figuras que definen la custodia o no. Como derecho de veto entendemos el derecho del padre que no ostenta la guarda y custodia de su hijo, menor de edad (padre no custodio) y sin embargo sí ostenta un derecho para impedir al otro progenitor o titular del derecho de custodia sobre el menor, que traslade a éste fuera del Estado en el que se encuentra su

---

<sup>89</sup> Vid. Artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980.

<sup>90</sup> Vid. Artículo 2.9 del Reglamento 2201/2003.

<sup>91</sup> Vid. Artículo 5 del Convenio de la Haya de 1980.

<sup>92</sup> Vid. B. Gómez Bengoechea, *op. cit.*

residencia habitual. La jurisprudencia, a la hora de aplicar el Convenio de la Haya es bastante unánime en lo que respecta al derecho de veto, y así son numerosas las sentencias que entienden que un padre no custodio que tiene el derecho de veto con respecto a su hijo menor, sobre el que no ostenta la guarda por estar este atribuida a otro progenitor, ostenta un derecho de custodia a los efectos del Convenio<sup>93</sup>.

En este punto es importante la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de Diciembre de 2010<sup>94</sup>, fuera del ámbito del Reglamento Europeo 2201/2001, en la que se unifica el criterio por el cual se entiende que el progenitor no custodio que ostenta un derecho de veto tiene, a los efectos del Convenio de la Haya de 1980, un derecho asimilable al derecho de custodia contenido en el mismo texto legal, aunque los derechos internos de cada uno de los Estados no lo conciben como tal. Con respecto a este tema, Calvo Caravaca y Carrascosa González entienden que el progenitor que dispone de un derecho de custodia que se ve limitado

---

<sup>93</sup> Vid. Caso *In the Marriage of Resina Full Court of the Family*, Court of Australia at Perth, cita INCADAT: HC/E/AU; *State Central Authority v. Ayob*, Family Court of Australia at Melbourne cita INCADAT: HC/E/AU 232; *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, Family Court of Australia at Brisbane, cita INCADAT: HC/E/AU; *Canadá Thomson v. Thomson*, Supreme Court of Canada, cita INCADAT: HC/E/CA 11.

<sup>94</sup> El caso examinado por el Tribunal Supremo iba referido a los siguientes elementos fácticos: el marido, un ciudadano británico, y la esposa, una ciudadana norteamericana, se habían casado en Inglaterra y más tarde habían tenido un hijo en las islas Hawai. En 2002 los tres estaban viviendo juntos en Chile. En marzo de 2003 se separaron litigando ante los tribunales de familia de Chile donde la madre obtuvo la custodia del menor y el padre derechos de visita. Los tribunales en Chile emitieron cuatro diferentes órdenes. La primera en enero del 2004 dando derechos de visita al padre. La segunda en noviembre del 2004 requiriendo a las partes someterse a terapia privada y negando la petición del padre de derechos de custodia que se concedían a la madre. La tercera de febrero de 2005 ampliando los derechos de visita del padre e incluyendo visitas durante un mes entero en las vacaciones de verano. En enero de 2004, a petición de la madre, los tribunales chilenos emitieron una cuarta orden prohibiendo que el menor fuera sacado de Chile sin el consentimiento del padre y de la madre. El año siguiente, la madre sacó al hijo de Chile sin el consentimiento del padre. Éste contrató un detective privado que encontró a la madre y el niño viviendo en Texas. El padre solicitó la restitución del menor con arreglo al Convenio de 25 de octubre de 1980 y en Texas se denegó el retorno del menor a Chile considerando que el traslado no había constituido una ruptura de derechos de custodia del padre tal y como vienen definidos en la Convención de La Haya. En la apelación, el quinto circuito afirmó que no había existido sustracción sosteniendo que solo un progenitor que tiene derechos de custodia puede invocar el Convenio para obtener el retorno del menor. En todo caso, el quinto circuito reconocía que otros circuitos federales estaban divididos pues el segundo circuito había sostenido que una cláusula de este tipo, *ne exeat*, no crea derechos de custodia, *Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 (2d Cir. 2000), *cert. denied*, 534 U.S. 949 (2001), mientras que el once circuito había sostenido que este tipo de cláusulas sí crean un derecho de custodia *Furnes v. Reeves*, 362 F.3d 702 (11th Cir.), *cert. denied*, 543 U.S. 978 (2004). Ante tal división de opiniones, el Tribunal Supremo ha impuesto su criterio señalando cómo deben interpretarse los conceptos de derecho de custodia previstos en los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. Para el Tribunal Supremo, la Convención define el derecho de custodia y es a tal definición a la que un tribunal debe de estar y consultar frente a definiciones particulares propias de cada derecho interno. Se trata de una definición uniforme dotada de consistencia internacional en la interpretación del Convenio y que cierra a los tribunales la posibilidad de pasar a la definición de derecho de custodia en las leyes locales, no siendo admisibles definiciones internas del derecho de custodia que socaven el reconocimiento de acuerdos de custodia en otros países o en diferentes tradiciones legales incluida la tradición civil continental.

por un derecho de veto que ostenta el progenitor no custodio, no tiene realmente un derecho de custodia en el sentido del artículo 5 del Convenio, por lo que si dicho progenitor traslada la residencia del menor a otro Estado Miembro, estaría incurriendo en un Secuestro Internacional del menor, y el Convenio le sería aplicable.<sup>95</sup>

En esta línea, en España se ha defendido también que el secuestro puede haberse producido por el padre que ostenta la guarda y custodia, cuando no tienen capacidad para decidir sobre el lugar de residencia del menor<sup>96</sup>. Este es el caso de la Audiencia provincial de Barcelona, que considera que *“el concepto de custodia recogido en el artículo 5 del Convenio de la Haya es muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia... con carácter ilustrativo cabe señalar que se considera infracción del derecho de custodia (artículo 3 del Convenio), incluso en aquellos supuestos en que existiendo una resolución judicial en que se atribuye la custodia a uno de los progenitores, y un derecho de visita al otro, el progenitor custodio traslada la residencia de los menores a otro país, sin el consentimiento del otro, cuando no se le ha atribuido el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos” ... “el concepto de custodia se contempla en un sentido muy amplio y por lo que se refiere al componente conjunto del derecho de decidir del lugar de residencia, este subsiste por regla general, incluso en aquellos supuestos de ruptura de la pareja que se otorga a uno de los progenitores el cuidado del menor y se reconoce al otro un derecho de visita...”*<sup>97</sup>

Desde mi punto de vista, si de lo que se trata es de concebir como derecho de custodia, entre otras cosas, la facultad de decidir sobre la residencia habitual del menor, el hecho de que un progenitor tenga atribuido tal derecho sobre un menor no impide que el Convenio de la Haya de 1980 no pueda proteger al otro cuando este pueda participar de la toma de decisión del cambio de residencia, y el progenitor custodio no respete esa posibilidad de toma de decisión y altere la residencia habitual del menor sin el consentimiento del progenitor no custodio. Además, atendiendo al contenido del artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003, debemos interpretar el derecho de veto como una forma de atribución del derecho de custodia, ya que su contenido, y cito textualmente es: “Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando,

---

<sup>95</sup> Vid. B. Gómez Bengoechea, *op.cit*

<sup>96</sup> Vid. J.M De la Rosa Cortina, *op. cit.*

<sup>97</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, *recurso n° 91/2006*, de 4 de abril.

en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”.

Otro problema que se plantea referido al concepto de derecho de custodia, es qué ocurre con los denominados derechos de custodia imperfectos. Estos derechos de son aquellos que tienen los padres con respecto a sus hijos (padres que desarrollan las funciones relativas al cuidado del menor), pero no están recogidos por una resolución o dictados por un órgano competente; el progenitor ejerce las facultades que tendría si ostentase un derecho de custodia, pero carece de derechos legales que le otorguen jurídicamente ese derecho. En estos supuestos se plantea la duda de si es un derecho de custodia realmente, o si se entiende que no cumple los requisitos que establecen el Reglamento y el Convenio.

La figura de derecho de custodia imperfecto fue identificado por primera vez en una decisión inglesa<sup>98</sup>; esta resolución plantea lo que debe entenderse por derechos de custodia y como se debe limitar el concepto de derechos para estos supuestos. Así se plantea “¿es que se limita a lo que los abogados reconocerían al instante como derechos adquiridos - es decir, las que se proponen libremente conferido por ley o por orden judicial - o es susceptible de ser aplicada en un contexto de la Convención para describir los derechos incipientes de los que llevan a cabo tareas y disfrutar de los privilegios de carácter custodia o los padres que, aunque aún no oficialmente reconocido o concedido por la ley, un tribunal, sin embargo sería probable que defender los intereses del menor de que se trate?” Desde mi punto de vista, todo es relativo y depende de las circunstancias de cada caso. No estamos hablando de que es un desconocido el que está ejerciendo las labores de guarda y custodia del menor, sino que es uno de los progenitores el que, por alguna circunstancia, no ostenta un derecho legal de custodia sobre el menor, pero está desarrollando todas las decisiones que conllevaría poder disponer de él.

Además, si se analiza literalmente el contenido tanto del Convenio de la Haya como del Reglamento Europeo, las palabras textuales que ambos tienen en cuanto al contenido del Derecho para ser considerado Derecho de custodia es: “*adquirido por resolución judicial, por 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*

---

<sup>98</sup> Vid. *Re B (A Minor) (abduction)*, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 4.

*residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (...)*<sup>99</sup>”

Desde mi punto de vista y en contra a la opinión de una decisión inglesa de primera instancia,<sup>100</sup> que puso en duda si el concepto era congruente con la decisión de la Cámara de los Lores<sup>101</sup> en donde se sostuvo que la custodia de facto no era suficiente para constituir derechos de custodia a los fines del Convenio, el hecho de que el progenitor esté ejerciendo de forma efectiva ese derecho, aunque no haya sido adquirido por una resolución judicial o por ministerio de la ley, entiendo que ha sido adquirido con un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado Miembro donde el menor tenía su residencia habitual, con lo que estaría ante una situación de adquisición de derecho de custodia tácito, puesto que si se ejercía era porque no había oposición a ello, sino, debería de haber alguna resolución judicial que lo impidiera, con lo que el problema quedaría resuelto. Es importante a efectos de analizar los derechos de custodia imperfectos, el caso *McB*<sup>102</sup>, en la que se establece que será el estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior a su traslado o retención el que deberá determinar si dicho traslado es ilícito o no, y en este caso, conforme al derecho irlandés, el padre no era titular de un derecho de custodia, no pudiendo ampararse en las disposiciones que le permitían oponerse al traslado de los menores, por lo que entiende que el traslado del menor y su retención en Reino Unido no debe entenderse como ilícita. Esta concepción está bastante generalizada en los Estados miembros<sup>103</sup>.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>104</sup>, establece que: “... *El Reglamento no determina quién es la persona que debe tener un derecho de custodia que deba hacer ilícito el traslado de un menor en el sentido de su artículo 2. número 11, pero se remite al ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención por lo que*

---

<sup>99</sup> Vid. Artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980.

<sup>100</sup> Vid. *Re J. Abduction: Declaration of Wrongful Removal*, High Court, cita INCADAT: HC/E/UK 265.

<sup>101</sup> Vid. *Re J. (A Minor)(Abduction: Custody Rights)*, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UK 2],

<sup>102</sup> Vid. Opinión del Abogado General SR. Nilo Jääskinen, de 22 de diciembre de 2010, asunto C-400/10, *J. McB contra L.E.*, apartado 46

<sup>103</sup> *Ibidem*

<sup>104</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10, *J. McB contra L.E.*

*respecta a la designación del titular de este derecho de custodia... Es el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro el que determina las condiciones en las que el padre biológico adquiere el derecho de custodia de su hijo en el sentido del artículo 2, número 9, del citado Reglamento, en su caso supeditando la adquisición de ese derecho a la obtención de una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que se la confiera”.*

De todo lo manifestado anteriormente se extrae que debe hacerse una remisión al Estado miembro de origen para conocer en qué medida se le atribuye al progenitor los derechos de custodia sobre el menor para poder encajar, en el marco del Reglamento, si puede considerarse, o no, ilícito un traslado.

#### D) Derecho de visita.

Puede concebirse el derecho de visitas como la cara opuesta al Derecho de custodia, dado que ambos derechos surgen cuando una pareja (con hijos en común) se rompe, provocando que los progenitores dejen de convivir. La imposibilidad de convivir con ambos progenitores es lo que hace que tenga que establecerse una regulación en la situación del menor que permita que este mantenga relación con sus padres o tutores.

Así pues, el mecanismo más conocido es el de la atribución del cuidado del hijo a uno de los progenitores (lo que se entiende por derecho de custodia que ha sido objeto de estudio en el apartado anterior), y su relación con el otro progenitor a través del llamado derecho de visita. Para el primero de ellos, la responsabilidad con respecto al menor se manifiesta en el cuidado de este y en su convivencia diaria con él; mientras que para el progenitor no custodio la manifestación de la responsabilidad con respecto al menor es una convivencia no continuada, o por medio de pequeñas estancias<sup>105</sup>.

La regulación internacional que se hace del derecho de visita tiene como objetivo favorecer el desarrollo pleno del niño y que este mantenga el contacto con ambos progenitores, el espíritu de la normativa internacional en esta materia es concebir el derecho de visitas como la contrapartida al derecho de custodia, debiendo ser reconocido al progenitor que no ostente tal derecho.<sup>106</sup>

Para definir el concepto de derecho de visita de tal forma que surja efecto al hilo de la normativa que internacional aplicable, acudimos al Reglamento Europeo 2201/2003,

---

<sup>105</sup> Vid. M. Moya Escudero, *op. cit.*, p 22

<sup>106</sup> Vid. E. Pérez Vera, *op. cit.*, pp6 y 7

y al Convenio de la Haya de 1980. En ambas normas el contenido del derecho es el mismo: se entiende el derecho de visitas como el derecho que se tiene sobre un menor para poder trasladarlo de un lugar diferente al de su residencia habitual durante un período de tiempo determinado<sup>107</sup>; así, el derecho de visita a ojos de la normativa internacional, incluye tanto el derecho a visitar y tener contacto con el menor, como el derecho de alojamiento, además como la normativa no establece límites al traslado del menor, se entiende que también afecta al derecho de visitas transfronterizo<sup>108</sup>.

El artículo 21<sup>109</sup> del Convenio de la Haya de 1980, regula las garantías que aseguran la protección del ejercicio del derecho de visitas. Las Autoridades Centrales tienen una tarea muy difícil, pues tienen que proporcionar el ejercicio efectivo de un derecho de visita, pero manteniéndose alerta para que el ejercicio de ese derecho no se convierta en una forma de sustracción.

Si bien es cierto que el Convenio de la Haya se pronuncia sobre el ejercicio pacífico del Derecho de visita, lo que manifiesta al respecto en su artículo 21, no es la facultad de activar un procedimiento de restitución del Convenio, cuando se obstruye el ejercicio efectivo de un derecho de visitas (como si de una sustracción se tratase), sino que mantiene que la labor que deben hacer las autoridades centrales es la de asegurar que ese derecho de visitas va a ser ejercido de forma efectiva y pacífica, tanto para el progenitor no custodio que lo ostente y quiera ejercerlo, como para el progenitor custodio, a quien, al término del período de visitas, deberá restituírsele al menor en los términos pactados.

El Reglamento 2201/2003 incorpora la supresión del exequátur y de cualquier procedimiento de reconocimiento de sentencias para poder ejercitar el derecho de

---

<sup>107</sup> Vid. Artículo 2.10 del Reglamento Europeo 2201/2003: “derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado. Artículo 5.b del Convenio de la Haya de 1980: 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”.

<sup>108</sup> Vid. E. Pérez-Vera, *op.cit.*, pp 23 y 25.

<sup>109</sup> Vid. Artículo 21 del Convenio de la Haya de 1980: “Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor. Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo”.

visita<sup>110</sup>, aunque para eso deberán cumplirse dos requisitos: el primero es que la resolución goce de fuerza ejecutiva en el Estado de origen, y la segunda que la resolución debe haber sido certificada por el juez de origen mediante un formulario ad hoc contenido en el Anexo III del Reglamento Europeo 2201/2003<sup>111</sup>. En su artículo 41, el Reglamento, hace efectivo el reconocimiento de una sentencia que contenga el ejercicio de un derecho de custodia, sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento de exequátur.

Tanto el Reglamento como el Convenio en su regulación procuran que el derecho de visita se ejercite de forma efectiva, pero sin poner en peligro nunca el derecho de custodia.

Pérez –Vera considera serán las Autoridades Centrales las que deberán analizar en cada caso concreto cuáles serán las medidas más apropiadas a adoptar en cada momento, dependiendo tanto de las circunstancias del caso como de las capacidades que en ese instante tengan (las Autoridades Centrales)<sup>112</sup>

Ateniendo a todo lo expuesto, considero que el Derecho de visita es un complemento al derecho de custodia que se le otorga al menor, y no al progenitor que es titular del Derecho. Baso mi consideración en que, si bien es cierto que el titular del derecho es el progenitor no custodio, hay un fallo de concepción en el mismo derecho, pues lo que la normativa internacional busca no es que sea este progenitor el que disfrute el derecho, sino que se trata de proteger al menor, proporcionándole el contacto con sus dos progenitores o representantes legales. Entiendo, por lo tanto, que el ejercicio del derecho de visita, o la infracción que el progenitor custodio pueda provocar sobre el ejercicio del mismo, no es suficiente para activar el mecanismo de restitución del menor, contenido en el Reglamento y en el Convenio. Lo que ambas normas pretenden, y creo que son bastante claras al respecto, es que el progenitor custodio no ponga dificultades al ejercicio del derecho de visitas de progenitor no custodio.

---

<sup>110</sup> Vid. Artículo 41.1 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*El derecho de visita contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 40, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2. Aunque el derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que reconocen un derecho de visita, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución (...)*”

<sup>111</sup> Vid. A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado Volumen III* 13 edición, Granada, Comares, 2011-2012, pp. 434 y 435.

<sup>112</sup> Vid. Elisa Pérez-Vera, *op.cit.*, pp 38 punto 128

El mecanismo de protección que encontramos en ambas normas simplemente se basa en buscar el ejercicio pacífico y efectivo del derecho de visita, pero en ningún momento establece que sea motivo de restitución de un menor el hecho de que no se permita el ejercicio de ese derecho, salvo cuando su contenido lleve aparejado un derecho de veto (ya explicado en el apartado anterior), que impidiese que el progenitor custodio cambiase la residencia habitual del menor sin el consentimiento del otro progenitor.

Ratifico, por lo tanto, la opinión de la Corte Suprema de Canadá, cuando establece que, aun adoptando un derecho amplio de custodia, este no contiene los derechos de visita<sup>113</sup>, y lo hago también con la opinión del Tribunal Supremo del Reino Unido, cuando cita el informe explicativo de Elisa Pérez vera<sup>114</sup>, donde ratifica que sería un error dotar de la misma protección al ejercicio de los derechos de visita, de la que se da al ejercicio del derecho de custodia.

Por tanto, y a modo de conclusión, debemos entender el derecho de visita como el derecho que tienen los hijos de mantener contacto con su progenitor no custodio, sin limitar la concepción de contacto solo al contacto físico, sino atendiendo a cualquier tipo de relación entre ambos (cartas, llamadas telefónicas...)<sup>115</sup>, pudiendo, el progenitor no custodio, trasladar al menor por un período de tiempo determinado fuera del lugar donde el menor tiene su residencia habitual.

Serán las Autoridades Centrales del lugar de residencia habitual del menor (cuando se trate de un derecho de visitas transfronterizo), las que determinen en qué medida deberá protegerse al menor para evitar que se pueda producir una sustracción al hilo del ejercicio del derecho de visitas, debiendo mediar, la cooperación entre autoridades centrales para el supuesto de que el progenitor custodio no permita el ejercicio de tal derecho, pero nunca equiparándolo al derecho de custodia.

---

<sup>113</sup> Vid. *Caso W.(V.) v. S.(D)*, Supreme Court of Canada, cita INCADAT: HC/E/CA 17.

<sup>114</sup> Vid. *Caso S. v. H. (Abduction: Access Rights)*, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 36

<sup>115</sup> Vid. M. Moya Escudero, *op.cit.*, p23

## Capítulo II. El procedimiento de restitución.

Cuando se produce una sustracción de menores en el ámbito intracomunitario (el menor es trasladado de forma ilícita de un Estado miembro de la Unión Europea a otro Estado miembro), hay que llevar a cabo el procedimiento de restitución con respecto a las normas del Convenio de la Haya de 1980, si bien para ello hay que aplicar las directrices que nos aporta el Reglamento Europeo 2201/2003. Las condiciones que recoge este artículo son, la audiencia al menor, la audiencia a la persona que solicita la restitución, la inaplicabilidad del motivo de no restitución que se contempla en el artículo 13.b del Reglamento y el plazo para resolver, que será con carácter general, de 6 semanas.

Tal y como establece el considerando decimoséptimo del Reglamento 2201/2003, *“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 de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11...”* Aquí queda de manifiesto como, aunque el propio reglamento remita al Convenio, el Convenio se ve “alterado” por las disposiciones del Reglamento<sup>116</sup>.

Como en cualquier inicio del procedimiento, lo primero que deberá presentarse será una solicitud de repatriación del menor, en la que se incluirá toda la información de la que se disponga con respecto al menor, su localización y el sujeto que se cree que ha realizado el traslado o que lo está reteniendo ilícitamente, junto con los motivos en los que se fundamenta la solicitud de retorno<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González *Derecho internacional privado*, vol. I, 11º edición., Granada 2010-2011, p. 312.

<sup>117</sup> Vid. A. Salzano, *La strazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, Giufre, 1995, pp 78-81.

## **I. Esquema general de funcionamiento.**

1. El órgano jurisdiccional del Estado Miembro de origen deberá dictar una resolución por la que se declare el traslado ilegal de un menor al Estado Miembro de destino.

2. Deberá presentarse, en el Estado Miembro de destino, ante el órgano jurisdiccional, una demanda de restitución, activando el procedimiento tanto del Reglamento 2201/2003, como del Convenio de la Haya de 1980.

3. El órgano jurisdiccional podrá decretar la restitución del menor, o por el contrario podrá denegarla. Para el supuesto de que se decida la no restitución, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de destino deberá transmitir una copia de la resolución al tribunal competente en el Estado miembro de origen (tal y como reconoce el artículo 11.6 del Reglamento Europeo 2201/2003).

4. Cuando el órgano jurisdiccional del Estado Miembro de origen recibe la copia de la resolución de no retorno, invita a las partes a presentar las reclamaciones pertinentes en un plazo de 3 meses (tal y como viene recogido en el artículo 11.7 del Reglamento Europeo 2201/2003).

5. Ante esta situación los padres podrán presentar las reclamaciones que consideren oportunas. El órgano jurisdiccional deberá examinar las cuestiones de custodia. Si de dicho examen se deriva la restitución, la autoridad judicial deberá acompañar esa resolución con el certificado del artículo 42 del Reglamento Europeo<sup>118</sup>; en este caso, la resolución acompañada de un certificado se reconoce y tiene fuerza ejecutiva automáticamente en el Estado Miembro de destino (artículo 42.1 del Reglamento 2201/2003). Si por el contrario del examen del fondo sobre la custodia resulta la no restitución del menor, los órganos jurisdiccionales del Estado de destino adquieren la competencia (conforme al artículo 10.b.iv).

---

<sup>118</sup> Vid Capítulo IV, *El Título Ejecutivo Europeo* del presente trabajo.

6. Si las partes no presentasen reclamaciones, se archivaría el asunto conforme al artículo 11.7 del Reglamento, y los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de destino adquirirían la competencia conforme al ya citado artículo 10.b.iv del Reglamento 2201/2003.

## **II. Calificación del traslado del menor.**

Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro reciba una demanda con la solicitud de restitución de un menor, por un supuesto de sustracción internacional de menores, antes de activar todo el procedimiento para su restitución conforme al Convenio de la Haya y al Reglamento Europeo 2201/2203, deberá comprobar que se trata de un supuesto de sustracción internacional en el sentido del artículo 2 del Reglamento<sup>119</sup>. De tal forma que si el traslado de un menor se realiza infringiendo un derecho de custodia atribuida según las condiciones requeridas en el mencionado artículo, y sin el consentimiento de la persona o entidad que ostenta ese derecho de custodia, se produciría un supuesto de sustracción internacional de un menor, debiendo activar el procedimiento previsto para estos casos.

Si por el contrario el traslado fuera legal, y no se produjo con infracción de un derecho de custodia, o no se hayan dado las circunstancias que a tal efecto requiere el Reglamento, se aplicaría el artículo 9 de esta norma<sup>120</sup> (relativo a las reglas de competencia).

---

<sup>119</sup> Vid. Artículo 2.11 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por 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, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor*”.

<sup>120</sup> Vid. Artículo 9 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. 2. El apartado 1 no se aplicará si el titular del derecho de visita considerado en el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia*”.

La carga de la prueba de que se ha producido una sustracción internacional de menores la tiene la parte que solicita la restitución, pues deberá acreditar que tiene el derecho de custodia que se requiere para poder litigar conforme al procedimiento contenido en la normativa comunitaria a estos efectos (el Reglamento Europeo 2201/2003 así como el Convenio de la Haya de 1980). Esto se desprende del artículo 15 del Convenio de la Haya de 1980<sup>121</sup>, cuando establece que las autoridades de un Estado contratante (del Convenio), podrán solicitar, antes de dictar una orden de restitución, una certificación o resolución que acredite, por parte de los tribunales del Estado donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención, que esa retención es ilícita conforme a la normativa del Convenio.

Por lo tanto, la persona que solicita la restitución del menor deberá hacer una doble prueba, primero, deberá probar que efectivamente se ha llevado a cabo una sustracción conforme al Convenio de la Haya de 1980, y al propio Reglamento Europeo 2201/2003, y por otro lado, y consecuencia de lo anterior, deberá acreditar que tiene un derecho de custodia efectivo que le permita activar el procedimiento de restitución, y cuya violación es la causa de la demanda de sustracción de un menor.

Solo se invertirá la carga de la prueba cuando la persona que haya producido la sustracción alegue que no puede restituirse por alguna de las excepciones que serán estudiadas en el capítulo III del presente trabajo; en este caso deberá demostrar que concurre esa causa de no restitución.

### **III. Audiencia del menor.**

La audiencia al menor es un mecanismo por medio del cual el juez podrá conocer la voluntad de un menor con respecto a su restitución; de esta forma, se le dará la oportunidad de manifestarse sobre si quiere, o no, ser restituido al Estado donde tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior a su traslado o retención. El Reglamento Europeo le da un peso fundamental a la audiencia al menor, estableciendo que el menor deberá ser oído cuando se esté tomando una decisión de retorno, salvo que

---

<sup>121</sup> Vid. Artículo 15 del Convenio de la Haya de 1980: “Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.”

no pueda tenerse en cuenta porque su edad o madurez no sean suficientemente válidas; excepción que debe tomarse de forma restrictiva, puesto que lo importante es velar por el interés del menor, por lo que este siempre que sea posible deberá ser oído.

Además, en su considerando 19<sup>122</sup> el Reglamento establece ya la importancia que tiene la audiencia del menor en la aplicación del mismo<sup>123</sup>, y en su considerando 20 establece cómo esta audiencia deberá llevarse a cabo mediante los métodos del Reglamento Europeo 1206/2001, cuando el menor resida en un Estado miembro distinto (por ejemplo, por videoconferencia)<sup>124</sup>; de esta forma se garantiza que la audiencia al menor se dará siempre, si no puede personarse ante el juez, por medio de los mecanismos del recién mencionado Reglamento 1206/2001.

Para poder conocer la importancia que tiene la voluntad del menor a la hora de decidir sobre su restitución o no es necesario conocer en qué momentos cabe, a la luz de la normativa internacional aplicable, darle audiencia. En lo que respecta a la sustracción internacional de menores, deberá ser tomada en cuenta la voluntad del menor: en primer lugar, cuando se vaya a decidir sobre su restitución, tal y como establecen el artículo 13 del Convenio de la Haya y el artículo 11.2 del Reglamento Europeo 2201/2003<sup>125</sup>; en segundo lugar, procederá la audiencia del menor durante el procedimiento de restitución, conforme al artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003<sup>126</sup>; y por último, deberá ser tomada en cuenta la voluntad del menor para obtener la emisión del certificado de reconocimiento contenido en el artículo 42 del Reglamento<sup>127</sup>.

Cabe hacer mención a la audiencia que se le debe dar al menor en lo que a responsabilidad parental respecta, aunque no sea el tema objeto de estudio, atendiendo

---

<sup>122</sup> Vid. Considerando 19 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento, sin que éste tenga por objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia*”

<sup>123</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 22 de Diciembre de 2010: ... “*el decimonoveno considerando de este mismo Reglamento indica que la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del Reglamento y el trigésimo tercer considerando subraya, con carácter más general, que el Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales, garantizando, en particular, el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de ésta...*”

<sup>124</sup> Vid. Considerando 20 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*La audiencia de un menor en otro Estado miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.*”

<sup>125</sup> Vid. Opinión del Abogado General SR. Yves Bot, presentada el 7 de Diciembre de 2010, *aunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz*, apartado 70

<sup>126</sup> *Ibidem.*

<sup>127</sup> *Ibidem.*

al contenido del artículo 23 del Reglamento<sup>128</sup>, donde se recoge la necesidad de oír al menor en lo relativo al no reconocimiento de la patria potestad<sup>129</sup>; de este modo se entiende que una de las causas de no reconocimiento de decisiones en esta materia es el no haberle dado audiencia al menor cuando este debía ser oído. También en el artículo 1 del Reglamento<sup>130</sup>, hablando del derecho de visitas, hace hincapié en la necesidad de dar audiencia al menor, para poder certificar este derecho conforme al Reglamento<sup>131</sup>.

La audiencia al menor es uno de los requisitos para suprimir el procedimiento del exequátur en las resoluciones que implican su restitución, llegando a la posibilidad de denegación del reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental cuando no se ha dado posibilidad de que el menor sea oído.<sup>132</sup>

El Reglamento refuerza el derecho de audiencia del menor en el procedimiento de restitución. El hecho de que se le otorgue la posibilidad de ser oído al menor no implica que su negativa a la restitución condicione directamente al juez que conoce del caso. La oportunidad de que el menor sea oído, salvo que por su edad o grado de madurez no se considere oportuno, no es más que una forma de garantizar que la voluntad del menor se va a tener en cuenta en el procedimiento de restitución, si bien es cierto que no es vinculante para el juez que la recibe.

Según el Reglamento Europeo en su considerando 19, se establece que será el derecho de cada Estado miembro el que establezca el límite para conocer cuál es la edad o la madurez que debe mostrar un menor para darle audiencia.

La negativa a darle audiencia al menor debe ser considerada de forma restrictiva, puesto que su voluntad siempre debe de ser tenida en cuenta, en la medida de lo posible, para velar por su interés pues, no debe olvidarse que el interés del menor es el principio inspirador de la normativa de menores en general, y el juez del Estado de origen que considere que la audiencia al menor no tiene cabida, por considerarse que este no tiene

---

<sup>128</sup> Vid. Artículo 23 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental.—Las resoluciones sobre responsabilidad parental no se reconocerán: ...b) si se hubieren dictado, excepto en casos de urgencia, sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido*”

<sup>129</sup> Vid. Opinión del Abogado General SR Yves Bot... apartado 70.

<sup>130</sup> Vid. Artículo 41 del Reglamento Europeo 2201/2003: “...2. *El juez de origen sólo expedirá el certificado contemplado en el apartado 1, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita):...c) 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.*”

<sup>131</sup> Vid. Opinión del Abogado General SR Yves Bot, *op. cit.*, apartado 70.

<sup>132</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II, *op. cit.*, p 45

suficiente edad o madurez, deberá justificar el por qué de la restricción de ese derecho al menor.

Un ejemplo gráfico es el que se obtiene del Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca<sup>133</sup>. En este auto se plantea un supuesto en el que una menor es trasladada de forma ilegal de Polonia (Estado en el que tenía su residencia habitual), a España (Estado al que fue trasladada ilícitamente). En este supuesto, tras darle audiencia a la menor y mostrarse esta en contra a su restitución, la autoridad judicial decide el retorno de la menor, por entender que la corta edad que presenta (7 años) no le atribuye la madurez suficiente que “*debe estar cercana, cuando menos, a la pubertad*”, estableciendo el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la audiencia del menor no será obligatoria, por razón de la edad, hasta los 12 años, siendo el Reglamento 2201/2003 respetuoso, en este sentido, con la legislación nacional de cada Estado<sup>134</sup>.

Desde mi punto de vista, lo que debe buscarse siempre es que el menor de edad que tenga juicio suficiente para poder manifestar sus intereses, deberá ser oído y lo que pretenden las normas internacionales a este respecto es favorecer esa audiencia. En contra de esto se manifiesta determinada jurisprudencia con respecto a la aplicación del Convenio de la Haya que establece que el hecho de que la edad y la madurez del menor sea suficiente para poder tenerle en cuenta su voluntad debe de ser previa a dársele audiencia. Así ocurre, por ejemplo, con el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra, Reino Unido y Gales, cuando manifiesta: “*in discussing this issue, although the child’s objection to returning and his age and maturity must both be proved, it seems that the age and maturity issue should be analyzed first. The child’s age and maturity are preconditions to the child’s objection being considered. It would matter not how adamantly the child was objecting to returning if he was too young and/or immature for the court to consider the objection*”<sup>135</sup>

La doctrina<sup>136</sup> estudiada a estos efectos es consciente de que las normas internacionales no fijan una edad concreta, y por ello hay que acudir a la ley nacional del juez que conozca cada caso.

---

<sup>133</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca, *recurso número 546/201*.

<sup>134</sup> *Ibidem*, fundamento Jurídico segundo.

<sup>135</sup> Vid. *Caso Crnkovich v. Hortensius*, Ontario Superior Court of Justice, cita INCADAT: HC/E/CA 1028.

<sup>136</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II.*op. cit.*; E. Pérez Vera, *op.cit.*; P P. Lloria García, *El Secuestro Internacional de menores en el ámbito familiar, un estudio interdisciplinar*. Directora: Paz Lloria García. Editorial Iustel, Madrid 2008.; M.B. Vassallo, *L’enfant référendaire à la Cour de cassation de France dans le règlement « Bruxelles II bis »*; L. Zarraluqui y otros, *La sustracción internacional de menores*, editorial Dykinson 2005, Madrid.

Aunque el juez, tenga la obligación de darle audiencia al menor siempre que su edad y madurez lo permitan, eso no significa que tenga que hacer caso al testimonio que el propio menor dé sobre su situación, ya que esa voluntad, esa manifestación puede estar viciada por la influencia de cualquiera de sus progenitores<sup>137</sup>.

#### **IV. Audiencia a la parte que solicita la restitución.**

La necesidad de audiencia a la persona que solicitó la restitución del menor viene recogida en el apartado 5 del artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003. Además de la necesidad de darle audiencia al menor, tal y como hemos explicado en el apartado anterior, la autoridad judicial no podrá denegar la restitución del menor sin haberle dado posibilidad de audiencia a la parte que la ha solicitado, que deberá hacerse de la forma más rápida y eficaz posible, teniendo en cuenta el breve plazo de 6 semanas que se da para dar resolución al supuesto planteado<sup>138</sup>. El solicitante del retorno debe ser oído por la autoridad judicial, y no sirve con que esté simplemente representado por la autoridad central<sup>139</sup>.

La forma que más ha ayudado a esta simplificación y rapidez en el trámite de dar audiencia a las partes, es la utilización en el marco de un proceso de sustracción internacional de un menor el Reglamento Europeo 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Este Reglamento es aplicable desde el 1 de enero del 2004 y permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, o bien que un órgano jurisdiccional competente soliciten, conforme a su ordenamiento nacional, que otro Estado miembro, practique las diligencias que considere oportunas para la obtención de pruebas, o bien que se lleven a cabo directamente esas diligencias en otro Estado miembro<sup>140</sup>, pero para ello el órgano requirente deberá remitir directamente la solicitud al “*órgano jurisdiccional requerido*”<sup>141</sup>. Una vez elaborada la

---

<sup>137</sup> Vid. P. Lloria García, *op. cit.*, pp 140.

<sup>138</sup> Vid. *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, *op. cit.*, p. 35

<sup>139</sup> Vid. A. DEVERS, “Les enlèvements d’enfants..” *op.cit.*, p. 44

<sup>140</sup> Vid. Artículo 1.1 letras a y b del Reglamento Europeo 1206/2001: “*El presente Reglamento será de aplicación en materia civil o mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite: a) la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o b) la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro...*”.

<sup>141</sup> Vid. Artículo 2.1 del Reglamento Europeo 1206/2001: “*1. El órgano jurisdiccional ante el que se halle iniciado o se prevea incoar la causa (en lo sucesivo «el órgano jurisdiccional requirente»), remitirá directamente al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro (en lo sucesivo «el órgano*

solicitud deberá ser transmitida al Estado miembro requerido por la vía más rápida que este haya aceptado<sup>142</sup>.

Si se solicita que el órgano requerido sea el que obtenga las pruebas en cuestión, dado que el órgano jurisdiccional deberá decidir en el plazo de 6 semanas, la petición de cooperación entre autoridades deberá ejecutarse en el plazo de 90 días<sup>143</sup>. Para ello, aplicará el derecho de su Estado miembro; se aplicará el derecho del Estado miembro requerido<sup>144</sup>. El uso de las videoconferencias y de la teleconferencia<sup>145</sup>, puede ser particularmente útil para la obtención de las declaraciones, a los efectos de dar respuesta a la restitución del menor.

Si el órgano requirente decide obtener él mismo las pruebas, el Estado miembro requerido deberá comunicarle si ha aceptado su solicitud y las condiciones en que deben practicarse las diligencias (conforme al derecho interno del Estado miembro requerido). La comunicación debe llevarse a cabo en un plazo máximo de 30 días desde que se recibió la solicitud<sup>146</sup>. En el artículo 17.5 del Reglamento 1206/2001 se contemplan las excepciones por las cuales cabe la denegación de la obtención directa de pruebas: “5. *el órgano central o la autoridad competente podrá denegar la obtención directa de pruebas sólo si: a) la solicitud no tiene cabida en el ámbito de aplicación del presente Reglamento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1; b) la solicitud no contiene todos los datos necesarios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, o c) la obtención*

---

*jurisdiccional requerido»), las solicitudes a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 1 (en lo sucesivo «las solicitudes»), a los efectos de la realización de diligencias de obtención de pruebas...”*

<sup>142</sup> Vid. Artículo 6 del Reglamento Europeo 1206/2001: “6. *Las solicitudes y las comunicaciones previstas en el presente Reglamento se transmitirán por la vía más rápida, que haya sido aceptada por el Estado miembro requerido. La transmisión podrá realizarse por cualquier medio adecuado siempre que el contenido del documento recibido sea fiel y conforme al del documento expedido y que todas las indicaciones que contenga sean legibles”*

<sup>143</sup> Vid. Artículo 10.1 del Reglamento 1206/2001: “1. *El órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud con la mayor brevedad y, a más tardar, en los noventa días siguientes a la recepción de la solicitud”*.”

<sup>144</sup> Vid. Artículo 10.2 del Reglamento 1206/2001: “*El órgano jurisdiccional requerido ejecutará la solicitud aplicando el Derecho de su Estado miembro”*

<sup>145</sup> Vid. Artículo 10.4 del Reglamento Europeo 1206/2001: “*El órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar al órgano jurisdiccional requerido que utilice los medios tecnológicos de comunicación en la realización de la obtención de pruebas, en particular la videoconferencia y la teleconferencia. El órgano jurisdiccional requerido cumplirá dicha petición, a no ser que ésta incompatible con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o que existan grandes dificultades de hecho. En caso de que el órgano jurisdiccional requerido no acceda a la petición por alguno de los motivos arriba citados, informará al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario E que figura en el anexo. Si en el órgano jurisdiccional requirente o requerido no se dispone de acceso a los medios técnicos mencionados anteriormente, los órganos jurisdiccionales podrán facilitarlos de mutuo acuerdo”*.”

<sup>146</sup> Vid. Artículo 14.4 del Reglamento 1206/2001: “4. *En un plazo de treinta días tras la recepción de la solicitud, el órgano central o la autoridad competente del Estado miembro requerido informará al órgano jurisdiccional requirente si se ha aceptado la solicitud y, en su caso, en qué condiciones con arreglo al Derecho de su Estado miembro deben practicarse dichas diligencias, mediante el formulario J.”*

*directa de pruebas solicitada es contraria a los principios fundamentales del Derecho de su Estado miembro”.*

Tal y como afirma la Guía Práctica<sup>147</sup>, las mencionadas peticiones de diligencias deben ejecutarse sin demora, respetando siempre el plazo de 6 semanas que establece el Reglamento 2201/2003. A este respecto hace alusión el Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca<sup>148</sup>, cuando en su fundamento jurídico segundo establece que: “...además, en segundo lugar y como recuerda también la parte recurrente, la Juzgadora de Instancia olvida lo previsto en el citado Reglamento de la CE 2201/2003, que complementa, para los países de la Unión Europea, determinados artículos del Convenio de la Haya de 25.10.1980, y de modo especial en el artículo 11.5 del Reglamento, donde se establece que los órganos jurisdiccionales del Estado requerido, en este caso España, no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó la restitución, es decir, al padre; cosa que no se contempló por parte del Juzgado, por lo que no se acomodó la resolución a la letra y a las formalidades convencionales y reglamentarias previstas para el caso de sustracción internacional de menores”.

## **V. Plazo de resolución de 6 semanas.**

El artículo 11.3 del Reglamento establece que las Autoridades deberán resolver el supuesto de sustracción ilegal con la mayor celeridad posible, dándole como tiempo límite general un plazo máximo de 6 semanas<sup>149</sup>, puntualizando que dicho plazo podrá verse modificado cuando las circunstancias impidan resolverlo antes, teniendo derecho las partes, en caso de que las autoridades judiciales no lo hubiesen resuelto en ese plazo, a que se les dé un motivo por el cual se ha demorado la decisión.

---

<sup>147</sup> Vid. *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, op. cit., p. 41.

<sup>148</sup> Vid Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca, *recurso número 546/20010*, fundamento jurídico segundo.

<sup>149</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 4153/1998, Madrid, sección 1, fundamento de derecho quinto: “...Hace notal el Ministerio Fiscal que las autoridades judiciales han tardado más de treinta semanas en resolver una demanda de retorno basada en un convenio que les impone la obligación de actuar con urgencia en estos procedimientos y exige, que si no se hubiera llegado a una decisión en el plazo de 6 semanas a partir de la fecha de la iniciación del procedimiento, el demandante tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora (artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980)...”

En los supuestos de sustracción ilegal de menores el tiempo que transcurre es un aliado de la persona que lleva a cabo la sustracción<sup>150</sup>, puesto que cuanto más tiempo pase más integración tendrá el menor, más afinidad y, por lo tanto, será más fácil acreditar alguna de las causas de no retorno del menor<sup>151</sup>.

El apunte que hace el apartado 3 del artículo 11 del Reglamento es que el órgano ante el que se haya planteado la demanda deberá resolver en el menor plazo posible la situación, atendiendo a la normativa nacional y dentro del marco del procedimiento que se le haya suscitado, o dicho con otras palabras, de entre todos los procedimientos que tenga para resolver el supuesto, deberá elegir el más rápido, siempre respetando ese límite de las 6 semanas<sup>152</sup>.

Solo cabe salvarse el plazo de las 6 semanas por “*circunstancias excepcionales que lo hagan imposible*”. Desde mi punto de vista el Reglamento aquí comete un gran fallo, y es el permitir la demora en la resolución de las situaciones bajo esas circunstancias excepcionales, sin dar más detalles de lo que debe entenderse por tales circunstancias, abriendo así la veda para que los órganos jurisdiccionales no se den toda la prisa, o no actúen con toda la diligencia que debieran en el marco de un proceso de tal transcendencia.

El problema que se plantea cuando se habla de que deberá llevarse a cabo el procedimiento como máximo en un plazo de 6 semanas, es que se pueda discutir si este plazo es solo para que el tribunal competente se pronuncie sobre la restitución, o si lo que se pretende es que esa resolución sea ejecutiva en ese tiempo (6 semanas).

La Guía Práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II<sup>153</sup> establece que la mejor interpretación que puede hacerse de ese artículo es que la resolución que se dicte sea ejecutiva en ese plazo de 6 semanas<sup>154</sup>, pues es la única forma que se tiene de garantizar la celeridad en la resolución del supuesto de sustracción, añadiendo que lo óptimo sería que la legislación nacional permitiera la posibilidad de recurrir una orden de restitución y suspendiera, mientras tanto, su ejecución sin imponer ningún plazo al procedimiento de recurso.

---

<sup>150</sup> Vid. H. Fulchiron, “La lutte contre les enlèvements d’ enfants”, en H: Fulchiron y C. Norissat (dirs), *le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 238

<sup>151</sup> Vid. Capítulo III: *supuestos de no retorno* de este trabajo.

<sup>152</sup> Vid. H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 240

<sup>153</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, *op. cit.*, p. 37.

<sup>154</sup> Vid. S. Armstrong, “L’ Articulation des règlements communitaires et des conventions de La Haye” en H. Fulchiron y C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, pp 115-116

De esta forma, y continuando con la línea explicativa de la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, la legislación nacional debe garantizar que una orden de restitución dictada conforme al procedimiento del Reglamento Europeo 2201/2003, deberá ser ejecutiva en el plazo de 6 semanas. Para ello, esta Guía puntualiza que podrán preverse una serie de supuestos que harán efectiva esta garantía: a) la legislación nacional puede optar por excluir el recurso contra una resolución de restitución de un menor; b) la legislación nacional podrá permitir la opción de recurrir una resolución de restitución de un menor, dejando manifiesto que esta tendrá fuerza ejecutiva en tanto se sustancia el recurso, o c) si la legislación nacional permitiese la posibilidad de recurrir y la suspensión del procedimiento, en tanto se sustancia el recurso. Lo que deberán hacer el resto de Estados será la de establecer procedimientos en los que se acelerará la vista del recurso para garantizar ese plazo de 6 semanas<sup>155</sup>.

Hace un apunte interesante esta Guía en la que establece que esta interpretación también debería aplicarse para los supuestos en los que se dicte una resolución de no restitución, dado que si no, podría darse el caso de que: *“una de las partes recurra una resolución de no restitución que se dicta inmediatamente antes de que se agote el plazo de seis semanas y al mismo tiempo solicite que el órgano jurisdiccional competente de origen examine el caso”*<sup>156</sup>

En la sentencia de 11 de Julio de 2008<sup>157</sup>, los tribunales lituanos utilizan tres argumentos para que se emplease el procedimiento de urgencia por el Tribunal de Justicia: el primero se deriva de los requisitos de celeridad que establece el Reglamento Europeo 2201/2003. A este efecto los tribunales lituanos citaron el considerando décimo séptimo del Reglamento: *“en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora...”*, así como el artículo 11.3<sup>158</sup> de la misma norma; en segundo lugar, los tribunales lituanos argumentaron que el tiempo que transcurría mientras se tomaba la decisión de no restitución debilitaba el vínculo entre la menor y el progenitor que ostenta la guarda y custodia, hasta el punto de poder llegar a quebrarlo; y por último, establece que la tramitación del asunto por el procedimiento de urgencia respondía al interés del menor.

---

<sup>155</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, *op. cit.*, pág 37

<sup>156</sup> *Ibidem*, pág 37.

<sup>157</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de Julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, Inga Rinau.

<sup>158</sup> Vid. Artículo 11.3 del Reglamento Europeo 2201/2003: 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”*.

También se resolvieron por el procedimiento de urgencia algunas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales austriacos al Tribunal de Justicia en el caso *Povse c. Alpago*, relativo a una menor con respecto a la cual se solicitaba su retorno de Austria a Italia<sup>159</sup>. En este caso los argumentos para que el Tribunal resolviese mediante el procedimiento de urgencia eran similares, pues también se basaban en que el transcurso del tiempo que mediaba para la toma de decisión provocaba que la relación entre la menor y su progenitor se debilitase, y esgrimían también que cuanto más tiempo pasara más riesgos iba a tener la menor si se dictaba el retorno a su país de residencia habitual<sup>160</sup>.

## **VI. Supuestos en los que se deniega la restitución de un menor.**

En la mayoría de los casos que se dicte una sentencia en materia de sustracción de menores, va a procurarse que se restituya al menor, pero en la práctica se dan circunstancias en las que se deniega la restitución del menor<sup>161</sup>.

Para estos supuestos de no retorno, el artículo 11 del Reglamento prevé un procedimiento específico que deben seguir las autoridades por si se declara la no restitución de un menor. Este procedimiento viene recogido en el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento<sup>162</sup>; su contenido es que cuando haya una orden de no restitución dictada por un órgano jurisdiccional, este deberá dar traslado de la copia de la resolución junto con los documentos pertinentes al órgano competente del Estado miembro de origen, pudiendo servirse, bien de una comunicación directa con ese órgano competente, o bien por medio de las autoridades centrales de los Estados miembros, siendo el plazo que tiene, para que el órgano del Estado miembro de origen reciba los documentos, de un mes.

---

<sup>159</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 Julio de 2010, *asunto C-211/10 PPU, Povse c. Alpago*.

<sup>160</sup> *Ibidem* apartado 35.

<sup>161</sup> Vid. Capítulo III, *supuestos de no retorno* de este trabajo

<sup>162</sup> Vid. Artículo 11.6 del Reglamento Europeo 2201/2003: “ *En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución*”.

El órgano de origen notificará la resolución a las partes y les invitará a que, siguiendo la normativa nacional aplicable, presente las reclamaciones pertinentes en el plazo de 3 meses, para que el órgano jurisdiccional pueda examinar la cuestión de la custodia del menor. Si ninguna de las partes presenta las reclamaciones pertinentes, el órgano de origen archivará el asunto; pero si por el contrario una sola de las partes presentase reclamaciones, deberá de analizarlo.

No se establece un plazo para la resolución del asunto una vez presentadas las reclamaciones, pero a la luz interpretativa del Reglamento lo más oportuno es entender que la resolución posterior a la presentación de las reclamaciones deberá darse en el plazo más breve posible.

Cuando se habla de que la resolución de no restitución debe transmitirse al órgano competente del Estado de origen, se hace referencia al órgano competente para conocer del fondo del asunto. Si se ha dado una resolución previa por parte de algún órgano en ese Estado, la resolución de no restitución deberá transmitirse a ese órgano, pero si por el contrario no se ha dado ninguna resolución al respecto, se transmitirá la orden de no restitución al órgano competente según la legislación nacional de ese Estado miembro, que suele ser el órgano en el que el menor tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior a su traslado o retención.

## **VII. Inaplicabilidad del motivo de denegación del artículo 13.b del Convenio de la Haya de 1980.**

Como ya se ha mencionado, hay una serie de circunstancias que podrían provocar la denegación de la restitución; estos motivos son, la alegación de que el padre custodio no ejercía de forma efectiva este derecho, la alegación de que, de producirse tal restitución, el menor quedaría en peligro con respecto a un grave riesgo o a una situación intolerable, la negativa al menor a su propia restitución, lo que viene muy vinculado al derecho del menor a ser oído, y que la resolución de restitución atente contra los derechos fundamentales o el orden público del Estado de destino del menor.

Con respecto a estos medios de protección, en el propio artículo 11 del Reglamento en su apartado 4 encontramos una excepción a la aplicación del artículo 13 del Convenio, cuando establece que no será causa de denegación la restitución de un menor, por el motivo de que este pueda quedar expuesto a un grave riesgo o a una situación intolerable, cuando las autoridades del Estado de origen puedan asegurar que van a

tomar todas las medidas necesarias para la efectiva protección del menor y de sus intereses. De esta forma, el Reglamento hace la imposición de valorar las medidas que pueda adoptar el Estado de origen para poder llevar a cabo la restitución del menor sin que este quede sometido a ese grave riesgo o a esa situación intolerable.

El Reglamento con este inciso en el apartado 4 del artículo 11, lo que hace es dejar de manifiesto dos cosas; por un lado, la fuerte cooperación entre autoridades que debe mediar en los supuestos de sustracción internacional de menores, al tener que estar continuamente comunicadas tanto las del Estado de origen como las del Estado de destino para darle al menor las garantías más adecuadas y la mayor protección de sus intereses, y por otro lado lo que hace es reincidir en que, si la competencia para conocer de los supuestos de traslado ilícito de menores le corresponde al Estado de origen, esta misma competencia es la que tienen para adoptar las medidas necesarias de protección del menor a la hora de asegurar que en su restitución no va a producirle un grave riesgo ni una situación intolerable.

El órgano jurisdiccional competente deberá examinar las circunstancias en las que se le da protección al menor en el Estado miembro de origen a la luz de cada caso concreto, pues no basta con que en este Estado existan procedimientos para proteger al menor, sino que debe haberse demostrado que sus autoridades han tomado medidas concretas para la protección de ese menor en esas circunstancias; para la protección de ese menor cuando se ejecute su restitución. Así, las autoridades centrales deberán volver a cooperar entre ellas para cerciorarse de que, efectivamente, en el Estado Miembro de origen van a tomarse las medidas efectivas para que el menor no sufra un grave riesgo o se vea sometido a una situación intolerable<sup>163</sup>.

Así, cabe hacer referencia aquí a los condicionamientos y garantías a los que hace referencia P. Jiménez Blanco<sup>164</sup>, refiriéndose a los “*Undertakings o engagements*”. Estos consisten en promesas generales hechas por el progenitor que solicita la restitución, de tal forma que aseguran el bienestar del menor y el retorno seguro de este al Estado donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o la retención; de tal forma que puedan adoptarse de forma voluntaria, o pueden pedirse al Tribunal del Estado de la sustracción como condición para la restitución.

Algunos ejemplos de “*undertakings*” son el compromiso del solicitante de no perseguir penalmente al secuestrador, el no apartar al menor de la guarda del

---

<sup>163</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, *op. cit.*, p. 36.

<sup>164</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, p. 88.

secuestrador... y los problemas que generalmente plantean es la dificultad para poder mostrar una equivalencia entre esta figura y otra análoga en el derecho civil nacional de cada Estado<sup>165</sup>.

Estas garantías que se ofrecen a los menores pueden manifestarse en diversas circunstancias, como son que el status quo anterior del menor se vea afectado, y no pueda asegurarse que se le va a devolver; que el secuestrador deba acompañar al menor sustraído; que la decisión de la restitución afecte sobre el fondo del asunto de custodia; pero P. Jiménez Blanco es clara cuando establece una serie de presupuestos que deben darse en todos los casos para poder aplicar los “*undertakings*”: a) se necesita la vinculación a que exista un procedimiento de custodia, que serán competentes para conocer los tribunales donde el menor tenía su antigua residencia habitual. El fin de esta garantía es evitar que el Estado de sustracción, tras ordenar la restitución en base a una serie de garantías que debe promover el estado de residencia habitual (competente para conocer la cuestión sobre el fondo), se declaren, a posteriori, con competencia para conocer el fondo sobre el asunto de la custodia. b) otro presupuesto para la adopción de los “*undertakings*” es la desconfianza de las autoridades del estado secuestrador, de que el Estado de origen no asegure la protección del menor, o los derechos procesales del progenitor secuestrador. En este supuesto, serían innecesarios los condicionamientos que el Estado de sustracción exige al estado de origen, pues se presume que todos los estados miembro asumen el interés del menor como parámetro, con lo que se da por hecho, también, que adoptarán las medidas oportunas para velar por su interés y el de su progenitor sustractor. c) el último presupuesto para poder adoptar los “*undertakings*”, es que se hubiese dictado una decisión de no retorno del menor de no haber mediado aquellos<sup>166</sup>.

Por lo tanto, los “*undertakings*”, son una serie de garantías que, o bien ofrece el Estado de destino, o bien exige el progenitor secuestrador, para proceder a la restitución del menor en aquellos casos en los que se hubiese denegado aquella, alegando la circunstancia de grave riesgo recogida en el artículo 13.b del Convenio de la Haya; y son a este tipo de medidas a las que se refiere el artículo 11.4 del Reglamento Europeo 2201/2003, cuando establece que si el Estado de origen puede garantizar que va a asegurar la restitución en beneficio del menor y que este no va a quedar expuesto a

---

<sup>165</sup> *Ibidem* pp 88 y 89.

<sup>166</sup> *Ibidem.* pp 90 y 91

riesgo o peligro alguno con ella, no tendrá cabida esgrimir la circunstancia del mencionado artículo 13.b del Convenio de la Haya de 1980.

A modo de conclusión se puede establecer que lo que busca la normativa internacional en materia de sustracción de menores no es solo la restitución inmediata del menor en todos aquellos supuestos en los que se haya producido un traslado o retención ilícitos, sino que se preocupa por garantizar los derechos del menor. Por lo se conciben esas circunstancias en las que cabría la decisión de no retorno por parte de los tribunales.

Pero no debemos olvidar que el fin del Convenio y del Reglamento es la restitución del menor, por lo que, si queda acreditado que el Estado de origen puede llevarla a cabo garantizando que los intereses y el bienestar del menor van a asegurarse, se entiende, a la luz interpretativa del Reglamento, que no cabe la denegación de la restitución, y, por lo tanto, la restitución deberá de ser efectiva.

### **Capítulo III. Supuestos de no retorno.**

La voluntad de la normativa Europea en cuanto a la protección de los menores se basa en que, cuando se produce una sustracción internacional de un menor, el resultado final es que este retorne al lugar de su residencia habitual, con la persona o entidad que ostenta el derecho de guarda y custodia acreditado, según hemos ido estudiando en los apartados precedentes.

El problema se plantea en determinados supuestos, recogidos en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de la Haya de 1980, y artículo 11 Reglamento Europeo 2201/2003, en los que, en virtud de las circunstancias del caso concreto, lo más recomendable es que el menor no retorne al lugar del que fue sustraído<sup>167</sup>.

Los motivos que dependen la denegación del retorno de un menor del Estado de destino al Estado de origen dependen del tiempo transcurrido desde el momento en el que se produce el traslado y el instante en el que se presenta la demanda de restitución<sup>168</sup>.

En este apartado se estudiarán estos supuestos en los que puede denegarse la restitución del menor, supuestos que se dividen en dos bloques; el primero de ellos es que haya transcurrido más de un año desde que el menor fue sustraído y el segundo es que no haya pasado un año desde la sustracción, de tal forma que transcurso o no del lapso de un año, va a depender que haya que basar la no restitución en unas u otras condiciones.

El estudio comenzará con las circunstancias de no retorno, recogidas en los artículos 13 del Convenio de la Haya de 1980, y del artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003.

#### **I. La voluntad del menor.**

En este apartado se estudiarán los motivos por los cuales se podrá denegar la restitución del menor cuando este se oponga a ella, los límites que se imponen a la voluntad del menor (la edad y el grado de madurez), y la forma en la que influye el resultado de la audiencia del menor en la resolución judicial (saber si la voluntad del menor es preceptiva o vinculante).

---

<sup>167</sup> Vid. H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 232.

<sup>168</sup> Vid. A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González “Protección de menores”, *op. cit.*, p. 301

Tanto el artículo 13 del Convenio de la Haya como el 11 del Reglamento Europeo, establecen que la audiencia al menor tiene cabida en lo que a la decisión de su restitución respecta. De esta forma, nos encontramos ante la posibilidad de que el menor se manifieste en contra de su restitución.

Debemos también tener en cuenta que el hecho de que se conciba la audiencia al menor como mecanismo para ayudar a la decisión sobre su restitución, no significa que sirva la opinión de cualquier menor. Además, esta voluntad no deberá tomarse como criterio último y final para tomar la decisión definitiva sobre su retorno.

El problema que se plantea a la luz de la normativa es que no se da un valor concreto a la voluntad del menor, ni se enfoca en un determinado sentido para saber cómo deben tenerse en cuenta las consideraciones que este hace con respecto a su retorno o no.

Así, a la luz de las sentencias que podemos analizar con respecto al Convenio de la Haya de 1980, vemos que la voluntad del menor adquiere diferentes valores dependiendo del país en el que se desarrolle el procedimiento, y del tribunal que deba interpretarla y valorarla.

En lo que a la oposición del menor a su propia restitución respecta, hay diferentes interpretaciones de lo que debe entenderse por objeción del menor según las jurisdicciones, en virtud del Estado que deba interpretar esa voluntad del niño. De esta forma, vemos, a tenor de la jurisprudencia<sup>169</sup>, que la voluntad del menor adquiere diferentes valores dependiendo del país en el que se desarrolle el procedimiento, y del tribunal que deba interpretarla y valorarla.

En Australia, tanto la Jurisdicción Australiana Suprema, como el Tribunal Superior, en lo que al concepto de objeción se refiere, entienden que la objeción deberá ser una objeción expresa al Estado de residencia; que no sirve con la mera preferencia de residir en el Estado de secuestro<sup>170</sup>. Coincide en este punto con la jurisprudencia de la *Cour d'appel de Grenoble*, en donde se ordenó la restitución de una menor de 6 años de edad, cuando manifestó que su preferencia era la de quedarse a vivir en Francia, pero ella no

---

<sup>169</sup> Vid. Caso: *9Ob102/03w Oberster Gerichtshof*, Oberster Gerichtshof (Suprema Corte de Austria), Cita INCADAT: HC/E/AT 549; Caso: *CA Grenoble, 29 mars 2000, M. v. F*, Cour d'appel de Grenoble, cita INCADATHC/E/FR; Caso: *A.582/2007, Bundesgericht, II. Zivilabteilung*, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, cita INCADAT: HC/E/CH 986; Caso *Re S. A Minor, Abduction: Custody Rights, Court of Appeal*, cita INCADAT: HC/E/UKs87, entre otros.

<sup>170</sup> Vid. Caso: *9Ob102/03w Oberster Gerichtshof*, Oberster Gerichtshof (Suprema Corte de Austria), Cita INCADAT: HC/E/AT549

se opuso a su restitución a Estados Unidos<sup>171</sup>. También es coincidente con jurisprudencia suiza, en la que se establece que la mera preferencia por residencia en el Estado al que fue sustraído, aunque esté fehacientemente razonada, no justifica la situación de no retorno del menor<sup>172</sup>.

En el Reino Unido, el Tribunal de apelaciones mantuvo que cuando el menor se opone a su restitución debe hacerlo de forma inmediata al traslado de retorno para el país del que fue sustraído. No cabe que el menor se oponga al retorno solo bajo ciertas circunstancias<sup>173</sup>. Para el Reino Unido lo que importa es que el menor, en el momento en el que se le pregunta si está de acuerdo con su retorno al lugar en el que tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior al de su traslado o retención, se oponga al retorno rotundamente; no se contempla la posibilidad de que el menor ponga condiciones por las cuales sí cabría el retorno; o decide que se opone, o decide que no se opone<sup>174</sup>. Sin embargo, en Reino Unido, cabe distinguir que la oposición de vivir con el progenitor solicitante debe estar diferenciada con la oposición a retornar al lugar de donde fue sustraído.<sup>175</sup>

La jurisprudencia en el Reino Unido y Escocia, choca con la interpretación de Australia y Francia, puesto que se concibe de forma extensa lo que debe de entenderse por objeción del menor, y así se admite la preferencia de residencia de un menor de 11 años y medio, que manifestó que prefería residir en Escocia con su madre, interpretando, de esta forma el tribunal: “*corolario de este razonamiento fue que el niño no deseaba vivir en los Estados Unidos o ser educado conforme al sistema educativo de ese país*”<sup>176</sup>.

Y en Suiza se hace referencia a la importancia que tiene que los menores sepan que hay que distinguir entre las condiciones de la custodia y las condiciones de la restitución, de tal forma que el hecho de oponerse a la restitución al lugar de donde fue

---

<sup>171</sup> Vid. Caso: *CA Grenoble, 29 mars 2000, M. v. F*, Cour d'appel de Grenoble, cita INCADATHC/E/FR 274

<sup>172</sup> Vid. Caso: *A.582/2007, Bundesgericht, II. Zivilabteilung*, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, cita INCADAT: HC/E/CH 986.

<sup>173</sup> Vid. Caso *Re S. A Minor, Abduction: Custody Rights, Court of Appeal*, cita INCADAT: HC/E/UKs87

<sup>174</sup> Vid. Caso: *Crnkovich v. Hortensius*, Ontario Superior Court of Justice, cita INCADAT: HC/E/CA 1028

<sup>175</sup> Vid. Caso: *En Re M. A Minor, Child Abduction*, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKs 56

<sup>176</sup> Vid. Caso: *Urness v. Minto*, Inner House of the Court of Session (Second Division), cita INCADAT: HC/E/UKs 79

sustraído el menor, no impide que ninguno de sus padres quede privado de la custodia<sup>177</sup>.

La diferencia que introduce en este campo el Reglamento Europeo 2201/2003 con respecto al Convenio de la Haya, es que en el Convenio se establece que el Juez podrá dar audiencia al menor en los supuestos de restitución cuando lo considere oportuno con respecto a su edad y madurez, mientras que el Reglamento Europeo mantiene que el Juez deberá darle audiencia al menor cuando su edad y madurez lo permitan.

El Reglamento va un paso más allá, estableciendo que debe de velarse porque el niño tenga posibilidad de audiencia en el proceso, pero no solo en lo que se refiera a su oposición al retorno<sup>178</sup>, sino en general para apreciar la concurrencia de cualquiera de las causas de denegación de los artículos 12 y 13 de la misma norma<sup>179</sup>, de esta forma, vemos plausible una vez más cómo el Reglamento introduce las normas del Convenio para su interpretación de forma complementaria; el Convenio complementa al Reglamento, quien establece las pautas de cómo interpretar al primero.

En el caso del Convenio, y tal como manifiesta Pérez-Vera en su informe, es importantísima la audiencia del menor, dado que el ámbito de aplicación del mismo se extiende hasta los 16 años, y es verdaderamente difícil restituir a un menor, o tomar una decisión de ese calibre, en contra de su voluntad, cuando tiene 15 años<sup>180</sup>. También mantiene que el establecer una edad mínima a partir de la cual se considerará la edad en la que el menor ya tiene suficiente madurez para ser oído, es algo artificial y sostiene la opinión de que lo mejor será dejarlo en las manos de las autoridades competentes que tengan que conocer del supuesto concreto<sup>181</sup>.

Cuando se habla de darle audiencia al menor siempre que su edad o madurez lo consientan, se entra en un terreno pantanoso, pues lo primero que debe hacerse es delimitar qué se entiende por edad suficiente y qué se entiende por madurez.

---

<sup>177</sup> Vid. Caso: 5P.1/2005 /bnm, *Bundesgericht II. Zivilabteilung*, Bundesgericht II. Zivilabteilung (Suprema Corte Federal, segunda sala de lo civil, cita INCADAT: HC/E/CH 795; Caso: 5P.3/2007 /bnm; *Bundesgericht, II. Zivilabteilung*, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, cita INCADAT: HC/E/CH 894].

<sup>178</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Madrid, sección 24, número de recurso 4853/2012, fundamento jurídico 4: “... *A mayor abundamiento, el propio juez “a quo” razona en el sentido del trastorno que va a suponer el regreso a Lisboa para Horacio y Jacinta, después de dos años de residencia en España, donde desean permanecer por haberse aquí adaptado en todos los aspectos, escolar, familiar, social, etc., al disponer de una estructura que permite su correcto desarrollo evolutivo...*”

<sup>179</sup> Vid. L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, y otros, *La sustracción internacional de menores*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 88

<sup>180</sup> Vid. E. Pérez Vera, *op cit.* pág. 7

<sup>181</sup> *Ibidem.* pág. 7

En todo caso, cuando un tribunal aprecie que un menor no debe ser oído, siempre deberá motivar su decisión<sup>182</sup>.

Es importante determinar que, de conformidad con las leyes nacionales, cuando se vaya a llevar a cabo la audiencia de un menor, no siempre deberá hacerse frente a autoridades judiciales<sup>183</sup>, puede darse el caso de que se permita que se haga por medio de un asistente social, quien se encargará de transmitir el informe con la voluntad del menor al juez o tribunal competente, debiendo hacerle siempre la entrevista al menor, atendiendo a sus circunstancias personales y a su edad, de tal forma que se le permita al menor expresarse libremente<sup>184</sup>.

Debe tenerse mucho cuidado con la forma en la que se formulan las preguntas, pues dependiendo de la psicología del menor puede coaccionársele o cohibírsele a la hora de poder dar respuesta a lo que se le plantea.

Hay ocasiones en las que los menores pueden sentirse culpables de la separación de sus padres, o de la separación del propio menor con respecto a alguno de sus progenitores; esto les puede acarrear daños psicológicos, si se ven obligados a elegir entre alguno de sus propios progenitores<sup>185</sup>. A este respecto tenemos jurisprudencia en la que se rechaza la voluntad del menor porque su oposición a la no restitución estaba viciada por la influencia de alguno de los progenitores. Uno de los supuestos es el de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Australia,<sup>186</sup> donde no se tiene en cuenta la oposición de dos menores a la restitución porque su consentimiento estaba viciado por una influencia de la madre, o el supuesto del Juzgado de Primera Instancia de

---

<sup>182</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010: "... Ello implica que incumbe al juez que haya de resolver sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, su presencia física ante el juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales..."

<sup>183</sup> Ibidem. "...De ello se sigue que, como prevén el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, el derecho del menor a ser oído no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia ante el juez del Estado miembro de origen, sino que exige poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que ésta sea considerada por el juez..."

<sup>184</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II, *op. cit.*, p. 46

<sup>185</sup> Vid. E. Pérez Vera, *op.cit.* pág. 7

<sup>186</sup> Vid. *Director General of the Department of Community Services v. N., 19 August 1994*, Family Court of Australia at Sydney, cita INCADAT: HC/E/AU 231.

Canadá<sup>187</sup> en el que se ordenó la restitución de una menor, al desestimarse la alegación del grave riesgo a la que se acogía la madre, y al considerarse que la objeción a la restitución de la menor estaba influenciada por su progenitora.

Puede, por lo tanto, denegarse la restitución al menor cuando este mismo se oponga a ella<sup>188</sup>, oyéndole, dándole la audiencia que proclaman tanto el artículo 11 del Reglamento como el artículo 13.3 del Convenio de la Haya.

Tal y como se establece en el artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003, cuando se decide sobre el retorno o no retorno de un menor, conforme a los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980, es imprescindible darle audiencia, a menos que por su edad o madurez no resulte adecuado para el supuesto concreto<sup>189</sup>.

## II. Grave riesgo para el menor.

Este requisito viene recogido en el artículo 13 apartado b del Convenio de la Haya de 1980<sup>190</sup>, donde se establece que una de las causas por las que puede denegarse la restitución de un menor que ha sido sustraído de forma ilegal por uno de sus progenitores, es que el menor en caso de producirse la restitución, sufriría un grave riesgo, exposición del menor a un peligro físico o psíquico, o que la restitución lo pondría en una situación intolerable.

Partiendo de esta idea, el primer paso que debe darse es la delimitación de los conceptos “grave riesgo”, “peligro físico o psíquico” y “situación intolerable”.

---

<sup>187</sup> Vid. Caso: *J.E.A. v. C.L.M.* (2002), 220 D.L.R., Nova Scotia Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/CA 754

<sup>188</sup> Tal y como manifiesta expresamente el menor en el caso *Crnkovich v. Hortensius*, cita INCADAT: HC/E/CA 1028: “As indicated in the June 9, 2008 note of Dr. Begum, Bradley’s pediatrician, Bradley has made it clear to her that he wishes to continue to live with me even if at some point I was required to relocate”.

<sup>189</sup> Vid: Artículo 11.2 del Reglamento Europeo 2201/2003: “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.”

<sup>190</sup> Vid. Artículo 13 apartado b del Convenio de la Haya de 1980: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que...: b. 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”

## 1. Delimitación de conceptos.

Como ocurre a lo largo de todo el articulado del Convenio de la Haya, este hace referencia a una serie de conceptos clave para su propia aplicación, pero que luego no define, limitándose a la mera alusión a ellos, dejando abierta su interpretación al arbitrio de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales y a la práctica judicial.

En el caso del artículo 13.b (objeto del presente análisis), el Convenio establece como excepciones a la restitución de un menor que ha sido sustraído de forma ilícita, que tal restitución lo exponga a “grave riesgo, peligro físico o psíquico o que lo coloque en una situación intolerable”<sup>191</sup>. Son conceptos que se limita a enumerar, pero que no define, por lo que el primer paso para el análisis de esta excepción al retorno del menor será analizar tales conceptos, y establecer, así, el alcance que debe dársele al precepto en cuestión.

Por “grave riesgo” debe entenderse una situación inminente que cause un perjuicio grave al menor y no pequeños inconvenientes que pudiesen derivarse de la restitución del niño al Estado en el que tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior al que se haya producido su traslado o retención<sup>192</sup>. Debe apreciarse que el riesgo será extremo y probable; será probable, cuando en el país al que se pretenda restituir el menor no se puedan asegurar las circunstancias que protejan al menor del daño<sup>193</sup>.

En la jurisprudencia derivada de la aplicación del Convenio de la Haya, se divide el grave riesgo en diferentes circunstancias por las que puede venir provocado. Uno de los supuestos que plantea es el grave riesgo que se deriva cuando es el progenitor que ostenta la guarda y custodia del menor el que, tras abandonar el país donde el menor tenía fijada su residencia habitual, establece que no puede restituir al menor porque lo pondría en una situación de grave riesgo e intolerable. Parte de la jurisprudencia entiende que este es un supuesto que puede salvarse, y lo interpreta de forma restrictiva, como es el caso del Tribunal de Apelaciones de Canadá<sup>194</sup>, cuando establece en su

---

<sup>191</sup> Vid artículo 13 apartado b del Convenio de la Haya de 1980.

<sup>192</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Almería de 30 de abril de 2004; auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de junio de 2004; Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca de 19 de Marzo de 1980.

<sup>193</sup> Vid. *State Central Authority v. Keenan*, Family Court of Australia at Melbourne, cita INCADAT: HC/E/AU 782: en este caso, se entendió que las pruebas periciales no eran concluyentes y que no había peligro para la restitución del menor; no obstante, el menor no fue restituído a su padre, sino a Estados Unidos, país que podría brindarle protección legal en caso de ser requerido.

<sup>194</sup> Vid. Caso: *M.G. v. R.F.*, Quebec Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/CA 762

decisión el retorno de una menor. La situación en este supuesto es que la madre no podía retornar a los Estados Unidos, lugar donde tenían su residencia habitual antes del traslado, y su hija menor no podía ser restituida sola, porque es cuando se le expondría a grave riesgo y una situación intolerable. La situación se salva con el compromiso de facilitarle a la madre el retorno con su hija<sup>195</sup>.

Cuando se habla de “daño físico y psíquico”, el primero se refiere a un daño grave frente al menor, como pueden ser los supuestos de violencia en los que el niño sufra malos tratos por parte del progenitor que le esté esperando en el Estado de origen; sin embargo no puede hablarse de daño físico cuando haciendo referencia al peligro que tiene un menor a retornar a su país sufriendo un daño leve<sup>196</sup>. En lo que respecta al daño psíquico, debe entenderse que deberá de tratarse de un daño grave o serio, puesto que el hecho de trasladar a un menor de un país a otro ya puede suponerle un leve trastorno psicológico.

Es importante la consideración que hacen A. Calvo y J. Carrascosa<sup>197</sup>, al referirse que estas circunstancias deben darse con respecto al menor, y no con respecto a terceras personas que puedan verse afectadas por el retorno de aquellos; solo se concibe que este daño es alegable cuando se produzca sobre terceras personas y les sea repercutible a los menores, provocando un impacto negativo en el niño al que se pretendía restituir. Siempre considerando que el objetivo último del Convenio de la Haya de 1980 es el de la protección del menor, se llega al supuesto de concebir que un daño a una tercera persona, y que pueda demostrarse que repercutirá en el menor, pueda ser una causa que, de forma indirecta, le cause perjuicio psicológico a este, y, por ello, se deniegue la restitución.

El daño que se produzca, o el grave riesgo que pueda correr el menor siempre va a tener que ser actual, y debe ser la restitución la que provoque ese daño o esa situación intolerable para el menor, si no es la restitución el hecho que provoque ese grave riesgo, o ese daño en el menor, no podrá denegarse bajo ningún concepto, pero en el momento

---

<sup>195</sup> Vid. Capítulo III, *supuestos de no retorno* del presente trabajo, referencia a los *underkins* de P.J. Blanco

<sup>196</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de abril de 2006, Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de Mayo de 2005, Auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 18 de Mayo de 2005, Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2005.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

en que cesen las circunstancias que acarrear grave riesgo o el peligro para el menor deberá ordenarse la restitución del mismo<sup>198</sup>.

## 2. Integración del artículo 13.b en el Convenio de la Haya de 1980.

Como ha quedado de manifiesto en el apartado anterior, el punto clave para la correcta aplicación e interpretación de este artículo lo encontramos en el concepto de “grave riesgo”, “daño” y “situación intolerable”, partiendo de la base de que la interpretación que se haga de esos conceptos deberá ser siempre restrictiva<sup>199</sup>( tal y como mantiene la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>200</sup>: “... dicha causa debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo pueda operar en aquellos supuestos en los que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y lugar que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo...”), pues no hay que olvidarse que el fin último del Convenio es lograr la restitución del menor a toda costa.

Puede plantearse el debate de si los tres conceptos deben concurrir o sólo con que se cumpla uno de ellos es suficiente para que se pueda denegar el retorno. Desde mi punto de vista, en este sentido el Convenio de la Haya de 1980 es claro cuando establece que debe haber un grave riesgo que exponga al menor a un peligro físico o psíquico, o que lo coloque en una situación intolerable. De esta forma, extraigo que el Grave riesgo es la hipótesis de que el menor pueda sufrir daños, o que pueda colocarse en una situación intolerable. Así, entiendo, que deben concurrir los tres para poder denegar la restitución de un menor, máxime cuando el espíritu del Convenio es precisamente la restitución de los menores en todo caso.

La aceptación del alegato del grave riesgo debe de ser muy estricta, no cabe una interpretación amplia de lo que se considera “grave riesgo o situación intolerable”, debe interpretarse de la forma más restrictiva posible, porque sino esta vía de excepción a la restitución del menor puede provocar un óbice que favorezca la actitud ilícita del secuestrador.

---

<sup>198</sup> Vid. Caso: *Baxter v. Baxter*, United States Court of Appeals for the Third Circuit, cita INCADAT: HC/E/USf 808.

<sup>199</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Barcelona, sección 18, recurso número 2580/2012, fundamento jurídico tercero.

<sup>200</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Barcelona, sección 18, recurso número 1075/2011, fundamento jurídico segundo.

### 3. La prueba.

La persona que alega el grave riesgo, deberá de ser la encargada de probar que ese riesgo o esa situación intolerable existen, siendo muy importante la prueba de estas circunstancias<sup>201</sup>; no sirve con una mera alusión genérica<sup>202</sup>. Así lo establece la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>203</sup>, cuando establece que: ... “*no basta la mera mención de la existencia de una situación de riesgo o perjuicio si no va acompañada tanto de la exposición concreta del hecho o hechos en que se basa para denunciar esa situación, y más aún, si no se acompaña de prueba eficaz que corrobore la alegación...*”, o en el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao<sup>204</sup>, donde se desestima la alegación de la causa de grave riesgo del artículo 13.b, por entender el Tribunal que los abusos sexuales que presuntamente ejercía el padre sobre la menor no están fehacientemente probados por el alegato que hace la madre al esgrimirlos.

También puede encontrarse la prueba de que el retorno de los menores puede suponer un grave riesgo, en los comportamientos conductuales que los niños presentan ante la situación de que se produzca la restitución, tal y como se deja de manifiesto en un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>205</sup>, en el que se entiende por probado el grave riesgo por los cuadros de ansiedad con sentimientos de temor al arraigo familiar susceptible de derivar en trastornos emocionales.

En el mismo sentido, tenemos la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Australia<sup>206</sup>, en la que el supuesto de hecho es que una madre no quiere defraudar a su actual retornando a Sudáfrica. Con su voluntad de no retorno, no es suficiente para invocar el grave riesgo que esgrime y justificar, la no restitución de la menor. Además, el progenitor que ha sufrido la sustracción, adquiere una serie de compromisos para

---

<sup>201</sup> Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de junio de 1999, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de Mayo de 2004, Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de Noviembre de 2007).

<sup>202</sup> A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Volumen II, *op. cit.*

<sup>203</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Barcelona, sección 18, *recurso número 3766/2012*, fundamento jurídico primero.

<sup>204</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao, Bilbao, sección 4, *recurso número 35/2012*, fundamento jurídico tercero.

<sup>205</sup> Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Madrid, sección 24, *recurso número 4853/2012* Fundamento jurídico cuarto.

<sup>206</sup> Vid. *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane)*, Family Court of Australia at Brisbane, cita INCADAT: HC/E/AU 294

facilitar el retorno de madre e hija a Sudáfrica, su lugar de residencia habitual inmediatamente anterior a que se haya producido el traslado<sup>207</sup>.

Por el contrario, tenemos el supuesto, también del Tribunal de Apelaciones de Canadá<sup>208</sup>, en el que una madre de nacionalidad Rusa abandona la residencia habitual de Israel con su hijo menor. Tras la demanda de restitución que hace el padre (a quien le fue denegada tanto en primera instancia como en apelación), se entiende que, aunque bien es cierto que el traslado es ilícito, está más que justificado el grave riesgo a que podría estar sometida la menor, dado que su progenitor se dedicaba al tráfico, prostitución y venta de mujeres.

Uno de los argumentos más utilizados en toda la jurisprudencia a la hora de esgrimir el grave riesgo, es la alegación por parte del progenitor sustractor de que el menor sustraído sufría agresiones físicas o sexuales por parte del otro progenitor. Estos casos son muy delicados, pues aunque bien es cierto que hay supuestos en los que se desestima la pretensión por carecer de evidencias determinantes que puedan asegurar que tales circunstancias se han llevado a cabo (como en el supuesto que resuelve el tribunal de primera instancia de Bélgica<sup>209</sup>; o como ocurre en Nueva Zelanda<sup>210</sup>, donde el Tribunal rechazó el alegato que hacía la progenitora de que su hija menor sufría agresiones sexuales por parte de su marido, puesto que las circunstancias en que se basaba la madre no eran de la entidad suficiente para entrar a apreciar la causa de no restitución del artículo 13 apartado 1 letra b del Convenio.

En los supuestos en los que procede abrir una investigación la doctrina se divide para saber dónde debe de hacerse la investigación de tales hechos, si en el Estado de origen, o en el Estado de destino.

Existe jurisprudencia de Reino Unido, Irlanda y Finlandia, en la que el Tribunal entiende que debe procederse a la restitución del menor, y que la investigación de la entidad y de la existencia de ese grave riesgo deberá hacerse en el Estado de origen del

---

<sup>207</sup> Vid capítulo II, *el procedimiento de restitución* del presente trabajo, referencia a los underkins de P. J. Blanco

<sup>208</sup> Vid. *Caso P. v. A.B.P.*, [1999] R.D.F. 38 (*Que. C.A.*), Quebec Court of Appeal, *cita* INCADAT: HC/E/CA 764

<sup>209</sup> Vid. Civ Liège (réf) 14 mars 2002, Ministère public c/A, Civ Liège, *cita* INCADAT HC/E/BE 706: En este supuesto el progenitor alegaba que la progenitora lo único que pretendía era el tráfico de órganos de la menor, pero el tribunal entendió que aunque el progenitor era muy firme en sus acusaciones, estas carecían de fundamento acusatorio, por lo que se desestimó la apretensión del grave riesgo.

<sup>210</sup> Vid. *Caso Wolfe v. Wolfe* [1993] NZFLR 277, District Court at Wellington, *cita* INCADAT: HC/E/NZ 303

menor sujeto de la sustracción. Así, en Reino Unido<sup>211</sup>, se establece que la investigación de grave riesgo debe hacerse en el marco del procedimiento de custodia y no de restitución, por lo que la menor deberá ser restituida, dado que el grave riesgo al que podría quedar sometida solo podría manifestarse cuando esta quedase a solas con el progenitor, por lo tanto, para la protección que requería la menor no era necesario el rechazo de la solicitud de restitución de la misma; también en el caso en que el tribunal de Primera Instancia<sup>212</sup> dictó sentencia por la cual se establecía el retorno de la menor, aunque sí se apreciaban las circunstancias contenidas en el artículo 13.1.b del Reglamento. En este caso la menor, durante el ejercicio del derecho de visitas por parte de su progenitor no custodio, le confiesa que el compañero sentimental de su madre abusa sexualmente de ella, con lo que el padre se niega a la restitución de la menor a Suiza. El Tribunal basa su decisión de retorno en que, aunque bien es cierto que sí existe esa circunstancia que pone a la menor en situación de grave riesgo, el Estado Suizo va a imponer las medidas pertinentes para prevenirlo y evitar que se desarrolle, alegando, además, que la progenitora de la menor ya no comparte relación sentimental alguna con el supuesto agresor sexual. En Finlandia<sup>213</sup> el Tribunal Superior de Apelaciones entendió que la alegación del artículo 13.1.b para la no restitución de las menores no era suficiente, pues lo que tenía que hacer la progenitora era regresar a su lugar de residencia habitual inmediatamente anterior al traslado y procurar que su forma de vida se organice en aras al interés superior de las menores.

Por otro lado, y en contradicción con la jurisprudencia anterior, existe jurisdicción de China y Estados Unidos en la que se mantiene que cuando verdaderamente se aprecia la existencia del grave riesgo invocado por el artículo 13.1.b del Convenio, el Estado que debe proceder a las investigaciones pertinentes es el Estado de destino. Así, en China<sup>214</sup>, el Tribunal de Apelaciones, criticó el hecho de que la orden de restitución había sido condicionada a los actos de una tercera parte (la autoridad central de Suiza) sobre la cual el tribunal de Hong Kong no tiene jurisdicción ni ejerce control. El Tribunal dictaminó que a menos que las declaraciones pudieran ser descartadas absolutamente o que después de la investigación dichas declaraciones no resultaran ser

---

<sup>211</sup> Vid. *Caso N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence)* [1995] 1 FLR 107, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 19.

<sup>212</sup> Vid. *Re S. (Abduction: Return into Care)* [1999] 1 FLR 843, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 361

<sup>213</sup> Vid. *Supreme Court of Finland 1996:151, S96/2489*, Supreme Court, cita INCADAT: HC/E/FI 360.

<sup>214</sup> Vid. *Caso D. v. G. [2001] 1179 HKCU 1*, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region - Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/HK 595].

sustanciosas, era casi inconcebible que el tribunal de primera instancia, ejerciendo su discrecionalidad en forma razonable y responsable, decidiera restituir a la menor al ambiente en el cual el supuesto abuso había tenido lugar. Y en Estados Unidos<sup>215</sup>, el Tribunal de Apelaciones para el Primer Circuito resolvió que debía tenerse extremo cuidado antes de restituir al menor cuando existían pruebas creíbles de que el niño en cuestión había sido víctima de abuso sexual. Asimismo, afirmó que todo tribunal debería ser particularmente cauteloso acerca del uso de compromisos potencialmente inexigibles para intentar proteger a un menor en tales situaciones.

El tribunal de distrito<sup>216</sup> había designado a una experta independiente en pediatría, abuso de menores, abuso sexual de menores y pornografía infantil a efectos de evaluar si las fotografías de los hijos constituían pornografía infantil y si los problemas de conducta que sufrían los menores eran signos de abuso sexual. La experta informó que no había pruebas que sugirieran que el padre era un pedófilo, que era sexualmente atraído por los menores o que las fotografías eran pornográficas. Ella aprobó las investigaciones alemanas y afirmó que constituían evaluaciones precisas y que sus conclusiones eran congruentes con sus observaciones expresadas. Determinó que los síntomas que los niños mostraban eran congruentes con el stress de sus vidas ocasionado por la áspera batalla por su custodia. Recomendó que los niños no fueran sometidos a más evaluaciones de abuso sexual, dado que ello incrementaría sus ya peligrosos niveles de estrés.

Por último, podemos reflejar los casos de esos limitados supuestos en los que sí se admite la alegación del grave riesgo del artículo 13.1.b, para los supuestos en los que no pueda ofrecérseles a los menores la protección adecuada en el caso en que se llevase a cabo la restitución; tal es el caso que ocurre en el Reino Unido<sup>217</sup>, en el que el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que existía una posibilidad de que las acusaciones de abuso fueran ciertas.

También era posible que se permitiera, si la menor era restituida, que estuviera en compañía del supuesto abusador sin supervisión. El Tribunal igualmente observó que un tribunal de otro país del Convenio de la Haya podría proporcionar la protección adecuada. Por consiguiente, era posible que un menor fuera restituido cuando se había

---

<sup>215</sup> Vid. caso *Danaipour v. McLarey*, 286 F.3d 1 (1st Cir.2002), United States Court of Appeals for the First Circuit, cita INCADAT: HC/E/USf 459]

<sup>216</sup> Vid. caso *Kufner v. Kufner*, 519 F.3d 33 (1st Cir. 2008), United States Court of Appeals for the 1st Circuit, cita INCADAT: HC/E/USf 971]

<sup>217</sup> Vid. *Q., Petitioner*, 2001 SLT 243, Outer House of the Court of Session, cita INCADAT: HC/E/UKs 341]

hecho una acusación de abuso sexual. Sin embargo, en función de los hechos del caso, el Tribunal decidió que, a la luz de lo que había sucedido en Francia durante el curso de las distintas actuaciones legales, los tribunales del lugar posiblemente no podían o no querían brindar la protección adecuada a los menores. Por lo tanto, la restitución de la niña implicaría un grave riesgo de exponerla a daño físico o psicológico o bien someterla a una situación intolerable.

### **III. Consentimiento del progenitor custodio al traslado o retención.**

Según establece el artículo 13.a del Convenio de la Haya de 1980<sup>218</sup>, una de las causas por las que se podría negar la restitución del menor es cuando el derecho de custodia que tenía atribuido el progenitor al que le fue sustraído el menor, no lo ejercía de forma efectiva, o si consiente el traslado del menor.

De la jurisprudencia internacional se pueden extraer determinados requisitos que deben concurrir a la hora de considerar que el consentimiento del progenitor provoca que la sustracción del menor no sea ilícita, y por lo tanto no quepa la iniciación del procedimiento de restitución.

Uno de los requisitos que se da sobre el consentimiento del progenitor que no traslada al menor es que ese consentimiento tiene que ser expreso o tácito, pero tiene que tener la entidad suficiente para que no quepan dudas de que se ha llevado a cabo sin ninguna causa que lo invalide, como puede ser coacción o violencia. Con respecto a estas condiciones tenemos una sentencia de Australia, en la que el Tribunal de Primera Instancia entiende que cabe la estimación del alegato de la madre con respecto al consentimiento del progenitor, puesto que este contribuyó en su partida, les había dado muchos efectos personales y tenía conocimiento de que habían comprado un pasaje de ida solamente. El Tribunal sostuvo que tal consentimiento, una vez dado, no podría ser subsiguientemente retirado y aceptó como correcta la concesión de parte de la autoridad central de que ni el traslado ni la retención del menor podrían considerarse como ilícitos en los términos del Artículo 3. Por consiguiente, las disposiciones del Artículo 13 no se podían aplicar. Independientemente de estas conclusiones, el tribunal consideró cómo

---

<sup>218</sup> Vid. Artículo 13.b del Convenio de la Haya de 1980: *“No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro 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”*

habría ejercido su poder discrecional si hubiera concluido que el caso se ajustaba al Artículo 13(1) *a*): sostuvo que si el consentimiento hubiera sido dado en circunstancias de violencia, intimidación, engaño o angustia para la persona involucrada, entonces habría razones más que fundadas para emitir una orden de restitución. Sin embargo, estos factores no se daban en este caso. En realidad, era preferible prestar atención al bienestar del menor y a las consecuencias prácticas de una orden de restitución. Considerando estas cuestiones, el tribunal decidió que no obstante ejercería su poder discrecional conforme al Artículo 13(1) *a*) para no ordenar la restitución del menor.<sup>219</sup>

El Tribunal de Primera Instancia de Reino Unido, Inglaterra-Gales habla de la carga de la prueba en el supuesto en el que se alegue que el consentimiento para el traslado del menor está viciado por coacciones o amenazas. En este caso rechazó el supuesto en el que el progenitor alegaba que había dado su consentimiento viciado por una presunta amenaza de suicidio de la progenitora que sustrajo a la niña, y por verse coaccionado ante el temor del suicidio dio su consentimiento al traslado de la menor<sup>220</sup>.

Hay discrepancia en la jurisprudencia, a la hora de determinar si la consideración que debe hacerse cuando se alega el consentimiento del progenitor al que le ha sido sustraído el menor, para saber si debe interpretarse a la luz el artículo 3 o a la luz del artículo 13. Es clara en este sentido la sentencia antes mencionada del Tribunal de Primera Instancia de Reino Unido, Inglaterra-Gales; en este supuesto el Tribunal concluyó que si un progenitor solicitante declara o presta su consentimiento, pero argumenta que el consentimiento está viciado por engaño, amenazas u otros factores, y se considera, por lo tanto, que ese consentimiento no fue real, se da una situación de sustracción ilegal, entonces la cuestión deberá resolverse dentro del marco del artículo 3. Sin embargo, si se cuestiona el consentimiento, la cuestión deberá resolverse dentro del artículo 13(1) *a*) y la carga recae sobre la persona que asevera el consentimiento para probarlo<sup>221</sup>. De tal forma que si lo que hace el progenitor es establecer que ese consentimiento está viciado, la cuestión se debería llevar por el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, pero si de lo que se trata es de establecer si el consentimiento está viciado o no, es una cuestión que entraría dentro del artículo 13.1. Este mismo Tribunal

---

<sup>219</sup> Vid. *In the Marriage of Regino and Regino v. The Director-General, Department of Families Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority* (1995) FLC 92-587, Family Court of Australia at Brisbane, cita INCADAT HC/E/AU 312

<sup>220</sup> Vid *Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence)* [1997] 1 FLR 924, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 54.

<sup>221</sup> Vid. *Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence)* [1997] 1 FLR 924, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 54

también manifestó que cuando un menor es trasladado con consentimiento, el traslado no debería ser calificado como ilícito. El Tribunal de Apelaciones de este mismo Estado, también hizo una interpretación sobre la relevancia del consentimiento, para determinar si un traslado o retención era ilícito o si sólo debería considerarse en el contexto del artículo 13, apartado 1, letra a). El Tribunal favoreció esta última opinión. El artículo 3 debe regir todo el Convenio y el artículo 13 debe tomar su lugar como excepción al deber general de garantizar la restitución del menor<sup>222</sup>.

Con respecto a la validez del consentimiento, la jurisprudencia<sup>223</sup> también debate sobre la forma en que debe venir manifestado para darle validez y ser considerado a la luz de la excepción de restitución del menor; hay parte de la jurisprudencia<sup>224</sup> que considera que el consentimiento debe ser por escrito, o por lo menor probada en materia documental. Tales son las decisiones en esta materia de los Tribunales de Primera Instancia de Reino Unido, quienes establecen que las pruebas para establecer el consentimiento deben ser claras y convincentes. Normalmente, sería necesario que tales pruebas fueran por escrito o que pudieran comprobarse mediante material documental. La prueba evidencial para establecer el consentimiento se halla en la balanza de las probabilidades. Pero cuanto más seria es la cuestión, más convincentes deben ser las pruebas para inclinar la balanza en relación con ella<sup>225</sup>.

Aunque la mayor parte de la jurisprudencia<sup>226</sup> respalda la aceptación del consentimiento siempre que pueda probarse de alguna manera, o que puedan presentarse pruebas concluyentes<sup>227</sup>, llegando incluso a concebirse que el consentimiento que se alega no tiene por qué ser prestado por escrito, o mediante prueba documental (como establecía la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Reino Unido<sup>228</sup>), sino que también sirve, para ser alegado, que el consentimiento sea tácito, que se pueda deducir de la conducta determinada del progenitor que presuntamente dio ese consentimiento,

---

<sup>222</sup> Vid. caso *Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence)* [2004] EWCA Civ 97, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 591.

<sup>223</sup> Vid. *21 UF 70/01, Oberlandesgericht Köln*, Oberlandesgericht Köln (Higher Regional Court), cita INCADAT: HC/E/DE 491; *C. (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 53; *Re W. (Abduction: Procedure)* [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 37

<sup>224</sup> Vid. *Re W. (Abduction: Procedure)* [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 37

<sup>225</sup> *Ibidem*.

<sup>226</sup> Vid. *21 UF 70/01, Oberlandesgericht Köln*, Oberlandesgericht Köln (Higher Regional Court), cita INCADAT: HC/E/DE 491; *C. (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 53

<sup>227</sup> Vid. *21 UF 70/01, Oberlandesgericht Köln*, Oberlandesgericht Köln (Higher Regional Court), cita INCADAT: HC/E/DE 491

<sup>228</sup> Vid caso *Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence)*

justificando que el artículo 13.1 a no establece que el consentimiento deba de darse de una forma concreta para ser alegado<sup>229</sup>.

En lo que respecta a la carga de la prueba, la opinión es que, cuando se alega que el menor ha sido trasladado de un país a otro con el consentimiento del progenitor que se queda en el país de residencia habitual del menor en el momento inmediatamente anterior a que se produzca el traslado o retención, la parte que tiene la carga de la prueba es la que alega ese consentimiento, dado que de lo que se trata es de demostrar que esa sustracción excede del marco del artículo 3 del Convenio de la Haya, y cae de pleno en el contenido del artículo 13.1.a del mismo cuerpo legal<sup>230</sup>.

Como conclusiones a la jurisprudencia hasta aquí analizada, cabe establecer que el consentimiento, para que sea aceptado como una de las circunstancias que pueden constituir una excepción a la restitución del menor, deberá ser: real, positivo e inequívoco. Existirán circunstancias en las que el tribunal estará satisfecho de que el consentimiento haya sido otorgado, aunque no fuera por escrito. Pueden existir casos en los que el consentimiento puede ser inferido por la conducta; no se requiere, por lo tanto, que venga dado de una determinada manera. Este consentimiento deberá ser probado por la parte que lo esgrime, con lo que la carga de la prueba la ostenta el progenitor que traslada al menor a un Estado diferente al de su lugar de residencia habitual, debiendo probar este progenitor que su conducta no está tipificada dentro del secuestro o sustracción del menor; pero se invertirá la carga de la prueba cuando el progenitor al que le ha sido sustraído el menor alegue que su consentimiento estaba viciado, en este caso deberá ser este progenitor el que demuestre el vicio en el consentimiento.

---

<sup>229</sup> Vid. *Re C. (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 53

<sup>230</sup> Vid. *Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence)* [2004] EWCA Civ 971, Court of Appeal, cita INCADAT HC/E/UKe 591; *Re C. (Abduction: Consent)* [1996] 1 FLR 414, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 53; *Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence)* [1997] 1 FLR 924, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 54.

#### **IV. Derecho de custodia no ejercido efectivamente, o aceptación posterior del traslado o la retención.**

Pérez Vera<sup>231</sup>, en su informe explicativo hace referencia a las excepciones contenidas en el artículo 13 apartado primero del Convenio. Esta autora establece la problemática que vuelve a plantearse al no darse en el Convenio una definición de lo que debe ser entendido por derecho de custodia; debiendo acudir, para la interpretación de este precepto, a la definición que se da de custodia en el artículo 5 del propio texto legal, donde se entiende como tal el cuidado del menor, su atención y manutención. En consecuencia, y a falta de la delimitación legal de lo que debe entenderse por derecho efectivo de custodia, será el juez en cada caso concreto el que decida si se aprecia o no ese ejercicio efectivo que, en caso de ser inocuo, podrá justificar la no restitución del menor al lugar de su residencia habitual.

Cuando se habla de la aceptación del traslado o la retención, se establece que el menor es trasladado de forma ilegal o ilícita por uno de los progenitores, pero el otro progenitor no ejercita ninguna acción de restitución, o da su consentimiento posterior a que el menor cambie su lugar de residencia habitual, convirtiéndose así, lo que debería de ser un supuesto de sustracción internacional de un menor, en un traslado lícito, exento, de obligación de restitución. El significado que da la jurisprudencia a este respecto de aceptación posterior es: “... *el progenitor perjudicado, de hecho, ha prestado su consentimiento a la presencia en forma continuada de los menores en la jurisdicción a la que fueron sustraídos*”<sup>232</sup>.

Según la jurisprudencia<sup>233</sup> que surge a la luz de la aplicación del Convenio de la Haya de 1980, hay dos formas de poder entender la aceptación posterior del progenitor, una<sup>234</sup> de ellas es estableciendo que el otro progenitor, como intención subjetiva, en realidad aceptó el traslado o la retención, siendo estas unas circunstancias reales y

---

<sup>231</sup> Vid. E. Pérez Vera, *op.cit.* pp 33 y 34.

<sup>232</sup> Vid. *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72*, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UKe 46

<sup>233</sup> Vid. *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72*, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UKe 46; *Barry Eldon Matthews (Commissioner, Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001*, Family Court of Western Australia at Perth, cita INCADAT: HC/E/AU 345; *Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v Dagan 53 P.D (3) 254*, Supreme Court, cita INCADAT HC/E/IL 807;

<sup>234</sup> Vid. *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72*, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UKe 46

plausibles de la aceptación del progenitor, y la otra<sup>235</sup> es estableciendo que las palabras o las acciones del otro progenitor, como consideración objetiva, demostraban en forma clara e inequívoca y en realidad conducían al otro progenitor a creer que no estaba haciendo valer ni iba a hacer valer su derecho de intentar la restitución del menor y que sus palabras o acciones no eran compatibles con tal restitución, circunstancias que se deducen de un comportamiento posterior del progenitor que no lleva a cabo el traslado o la retención del menor.

Se entiende también, por parte del Tribunal Superior de Apelaciones austríaco<sup>236</sup>, que no vale con la aceptación cuando esta hace referencia a una situación momentánea, sino que tiene que ser una situación permanente, de tal forma que no puede ampararse el consentimiento posterior que da un progenitor al traslado del menor cuando este cree que solo va a ser un traslado temporal.

Cuando se habla de aceptación posterior tácita, deberá poderse inferir de la conducta del progenitor perjudicado que había renunciado a su derecho a la restitución inmediata del menor, es decir, que había aceptado el cambio del status quo que había tenido lugar. Por ello, la aceptación posterior se basa en la voluntad subjetiva del progenitor perjudicado según se expresó en su conducta externa y objetiva<sup>237</sup>.

Para que se complete la aceptación posterior es necesario que se absorba por el progenitor sustractor, que debe creer que el progenitor perjudicado había renunciado a su derecho a la restitución inmediata del menor<sup>238</sup>. Hay que tener presente el apunte que hace el Tribunal Superior de Apelaciones de Israel<sup>239</sup>, cuando manifiesta que el hecho de no solicitar de inmediato ante el Tribunal la restitución, no implica necesariamente la aceptación posterior, puesto que puede darse el caso de que un progenitor perjudicado estuviera intentando lograr este objetivo a través de otros medios, tales como la negociación.

De la jurisprudencia<sup>240</sup> analizada se extrae que la aceptación posterior debe ser claramente manifiesta y no puede haber lugar a dudas sobre su existencia. Esta

---

<sup>235</sup> Vid. *Barry Eldon Matthews (Commissioner, Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001*, Family Court of Western Australia at Perth, cita INCADAT: HC/E/AU 345; *Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v Dagan 53 P.D (3) 254*, Supreme Court, cita INCADAT HC/E/IL 807

<sup>236</sup> Vid. caso 5Ob17/08y, *Oberster Gerichtshof, 1/4/2008*, Oberster Gerichtshof, cita INCADAT: HC/E/AT 981.

<sup>237</sup> Vid. *Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v Dagan 53 P.D (3) 254*, Supreme Court, cita INCADAT HC/E/IL 807.

<sup>238</sup> *Ibidem.*

<sup>239</sup> *Ibidem.*

<sup>240</sup> *Ibidem.*

aceptación puede darse de forma expresa, manifestado la voluntad de aceptar el traslado del menor a otro Estado, donde se fijará su nuevo lugar de residencia; o bien podrá ser tácita, se deriva de la actitud del progenitor de quien se separó el menor trasladado que no va a poner en marcha ningún mecanismo de restitución, ni va a reclamar el retorno del menor. Es importante tener presente, tal y como dice El Tribunal Superior de apelaciones de Israel<sup>241</sup>, que el hecho de que el padre no solicite la restitución inmediata del menor en el momento en el que se produce el traslado del mismo, no implica que desista en su interés de retorno del niño. Debe haber plena conciencia y quedar fehacientemente probado que el progenitor renuncia efectivamente a cualquier forma de restitución del menor.

Debe tenerse claro que la aceptación posterior que se haga de un traslado deberá ser para un supuesto de cambio de residencia habitual; no cabe basar el argumento en que el padre aceptó posteriormente el traslado cuando tal aceptación se hizo solo creyendo que la estancia del menor en otro Estado sería de carácter temporal.

Una vez analizadas las circunstancias que podrían establecer la no restitución de un menor conforme al régimen del artículo 13 de Convenio de la Haya de 1980, debemos analizar ahora las circunstancias que podrían suponer una orden de no retorno en los supuestos contenidos en el artículo 12 sujeto, a la condición de que haya transcurrido un año desde el momento del traslado o la sustracción internacional, así como a la condición del artículo 20.

## **V. Transcurso del Plazo de un año.**

El artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980 es una de las piezas fundamentales del texto legal, ya que en él vienen contenidas las circunstancias que deben darse para que las autoridades competentes determinen la restitución inmediata del menor. A tal efecto, es el propio artículo el que separa dos hipótesis: a) el deber de restitución que tienen las autoridades cuando se recurre a ellas dentro del plazo de un año, desde que el menor fue sustraído o retenido ilícitamente, y b) es el deber de esas mismas autoridades cuando se recurre a ellas y ha transcurrido más de un año desde que el menor fue sustraído o retenido<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Vid. *Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v Dagan 53 P.D (3) 254*, Supreme Court, cita INCADAT: HC/E/IL 807

<sup>242</sup> Vid. E. Pérez Vera, *op.cit.* pág. 31

Cuando el Convenio habla del transcurso de un año como lapso de tiempo, entiende que es un período suficientemente conflictivo como para que, en el caso de que se resolviese la restitución del menor, esta pudiese acarrearle daños derivados del arraigo que haya podido adquirir en ese tiempo con respecto a su nueva residencia habitual<sup>243</sup>.

Esta cláusula ha sido muy criticada esgrimiendo que: *“La existencia de esta causa de denegación de la restitución, porque desde que se inicia el procedimiento hasta que se acuerda la devolución del menor pueden transcurrir varios años, tres o cuatro. Sin embargo, si la solicitud de retorno se presentó en el plazo del año, el juez del Estado requerido no podrá utilizar el artículo 12,2 del Convenio y negar la restitución por la “adaptación al nuevo país”. En la práctica, los tribunales, cuando aprecian ese dato, indican que existe “peligro grave” o “situación intolerable” para el menor y deniegan la restitución basándose en el artículo 13.b del Convenio. Segundo, porque la sola existencia de esta causa puede incitar a los “progenitores secuestradores” a trasladar ilícitamente al menor a otro país y a retenerlos por largos periodos de tiempo, esperando así que se “adapten al nuevo medio”, con lo que logran la “legalización del secuestro”. Por ello, cuando se aprecia que el menor ha transcurrido un largo periodo de en el nuevo país, pero “escondido” por el progenitor, que espera solo que pase ese tiempo, dicho “periodo de tiempo” no puede conducir a una “adaptación al nuevo medio”*<sup>244</sup>.

La voluntad del Convenio con este artículo no es premiar, o favorecer a los progenitores sustractores a pasar largas temporadas con los menores en terceros Estados, sino que marca el límite a partir del cual podrá entenderse que el progenitor no sustractor no tiene interés en luchar por el retorno del menor.

Desde mi punto de vista este artículo es claro en su voluntad. Ese año es el que tiene el progenitor al que le sustrajeron el menor para iniciar un procedimiento de restitución, lapso de tiempo más que importante para iniciarlo, una vez que conoce que su hijo ha sido sustraído, o en el que no ha sido retornado.

Además, el contenido literal del artículo no establece que transcurrido el año se asegure el no retorno del menor, lo que se desprende del contenido literal del artículo es

---

<sup>243</sup>Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, recurso número 622/2011, sección 2: *“... aunque se entendiera que la actuación de la madre es ilícita, tampoco procedería la restitución, por la aplicación del artículo 12 del Convenio, porque el procedimiento se inició por el Abogado del Estado en el año 2012, transcurrido con creces el plazo de un año desde el traslado o retención ilícita, habiendo quedado acreditado que las menores están plenamente integradas en el actual entorno escolar, familiar y social, siendo perjudicial para su desarrollo y bienestar emocional realizar un nuevo cambio...”*

<sup>244</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. *Derecho internacional privado*, Volumen II, *op. cit.*, pág. 428.

que se dictará resolución de restitución salvo que quede acreditado que el menor estaba integrado en su nuevo entorno, integración que deberá demostrar la parte que la alegue, por lo que este artículo 12 del Convenio, no atenta contra los intereses del padre custodio, sino que, por el contrario, hace hincapié en el espíritu del Convenio de promover la restitución inmediata del menor, en los casos en que sea posible, atendiendo al interés superior y prevalente del niño.

Pérez-Vera<sup>245</sup>, establece que del lapso del año se derivan algunos problemas interpretativos, tales como la necesidad de determinar el momento a partir del cual deberá comenzar a contarse ese año. Cuando se habla de retención, ella misma reflexiona que deberá empezarse a contar desde la fecha en que el menor debió haber sido devuelto al progenitor custodio, o en la que el titular del derecho de custodia negó su consentimiento a una prolongación de la estancia del menor en un Estado diferente al de su Residencia Habitual. En segundo lugar, plantea la extensión del plazo de un año, y establece que de esta forma se clarifica la aplicación del Convenio al eliminar las dificultades relativas a la prueba de los problemas suscitados por la falta de localización del menor. Y en tercer lugar, se plantea el problema del momento en el que tiene que ser entendida la expiración del plazo. A estos efectos señala que el Convenio establece como fecha la de la presentación de la demanda y no la de la ejecución, porque a veces puede producirse un retraso en la acción de las autoridades, y esto no puede perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio.

## **VI. Vulneración del orden público y de los derechos fundamentales.**

Este precepto es un precepto de aplicación muy excepcional, de ahí que su ubicación sea la última del capítulo<sup>246</sup>. El contenido del artículo no se refiere a la vulneración del orden público, o de los derechos fundamentales a nivel internacional, sino que, como explica Pérez-Vera en su informe, debe entenderse dentro del Estado miembro requerido, ya sea por la vía del derecho internacional general o el convencional, o por la vía legislativa interna. De esta forma, estos principios del Estado miembro requerido deberán prohibir la restitución porque vulnere su orden público. No sirve con que sean meramente incompatibles.

---

<sup>245</sup> Vid. E. Pérez Vera, *op. cit.* pág 31

<sup>246</sup> Vid E. Pérez Vera, *op. cit.* pág 34

Mantiene, también, que la invocación de este principio deberá ser de la misma limitación con la que se admite para resolver situaciones puramente internas, porque de lo contrario sería discriminatoria en sí misma.

La jurisprudencia<sup>247</sup> que se deriva de la aplicación de este artículo del Convenio no es partidaria de aceptar como vulneración del orden público, o de los derechos fundamentales del menor, cualquier circunstancia que pueda parecer alegable a estos efectos. Así el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, Inglaterra-Gales, deniega la alegación de que la mera restitución del menor, por sí misma, viola los derechos fundamentales de este. No puede concebirse como una vulneración a los derechos fundamentales de un menor el mero traslado del Estado al que fue sustraído de forma ilícita, al Estado en el que tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior a su traslado o retención<sup>248</sup>.

El Tribunal de primera instancia de Estados Unidos deniega la alegación que hace una madre de que la demora de 4 meses que ha llevado a cabo el Tribunal de Apelaciones de Alicante supuso para ella un atentado contra los derechos fundamentales propios y los de su hija<sup>249</sup>.

El Tribunal de Primera Instancia de Estados Unidos de América deniega la alegación de la madre de una menor que creía vulnerados sus derechos fundamentales en virtud de una orden dictada por el Estado de Israel en la cual se establecía que no podría abandonar el país, pero entendió que esta disposición no atentaba contra sus derechos fundamentales puesto que había a su disposición mecanismos legales suficientes para impugnarla<sup>250</sup>.

Por lo tanto, la concepción que debe hacerse de orden público o de la vulneración de los derechos fundamentales, debe hacerse de tal forma que será cada Estado el que analice si es contrario o no, conforme a su legislación nacional.

En cuanto a la aceptación del orden público hay que hacer una diferencia muy marcada en lo que a sustracciones intracomunitarias se refiere, con respecto a las

---

<sup>247</sup>Vid. *Re K. (Abduction: Psychological harm)* [1995] 2 FLR 550, Cour of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 96; *Caro v. Sher*, 296 N.J. Super. 594, 687 A.2d 354 (Ch. Div. 1996), Superior Court of New Jersey, Chancery Division, Family Part, Monmouth County, cita INCADAT: HC/E/USs 100; *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996), United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division, cita INCADAT: HC/E/USf 133.

<sup>248</sup> Vid. *Re K. (Abduction: Psychological harm)* [1995] 2 FLR 550, Cour of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 96

<sup>249</sup> Vid. *Caro v. Sher*, 296 N.J. Super. 594, 687 A.2d 354 (Ch. Div. 1996), Superior Court of New Jersey, Chancery Division, Family Part, Monmouth County, cita INCADAT: HC/E/USs 100

<sup>250</sup> Vid. *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996), United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division, cita INCADAT: HC/E/USf 133

sustracciones internacionales. Esta excepción de orden público opera en los más mínimos casos, en los supuestos intracomunitarios, debido a la equivalencia que hay entre los sistemas jurídicos de los Países que forman la Unión<sup>251</sup>, debiendo analizarse solo los casos en los que se les podría atribuir la custodia a uno de los progenitores de forma discriminatoria, o cuando no se respeten las normas de derecho material<sup>252</sup>. Fuera de estos supuestos resultará muy difícil encontrar una circunstancia que justifique el no retorno del menor en amparo del artículo 20 del Convenio de la Haya de 1980<sup>253</sup>. Tampoco se justifica que la falta de garantías procesales pueda esgrimirse como circunstancia que permita la alegación del motivo de no restitución del artículo 20 del Convenio<sup>254</sup>.

Además, es una circunstancia que no puede tomarse en cuenta a la ligera. Hay que ser muy selectivo con los casos en los que se admite esa excepción de orden público, puesto que si se hace una interpretación amplia de este concepto estaríamos premiando la conducta del sustractor, permitiéndole esgrimir un argumento que le asegure que, una vez hecho el traslado del menor de un Estado a otro, se le permita el no retorno, amparándose en las excepciones del artículo 20 del Convenio.

## **VII. Discrecionalidad de las autoridades judiciales.**

Una vez analizados todos los requisitos que se establecen en el artículo 13 del Convenio de la Haya que justifican la no restitución de un menor en el supuesto en el que se produzca un traslado o retención ilícitos, cabe destacar que el hecho de que se puedan dar esas circunstancias no exime a los tribunales del carácter discrecional que tienen para poder decidir si son de entidad suficiente como para determinar el no retorno del menor.

Como ha quedado de manifiesto a lo largo del todo el trabajo, el fin último del Convenio es, en primer lugar, preservar y proteger el interés del menor ante todo, y en segundo lugar asegurar la restitución de los menores en caso de sustracciones ilícitas.

---

<sup>251</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, p. 163

<sup>252</sup> A este respecto P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, pp 163, toma como referencia para ilustrar esta circunstancia el derecho inglés, que discrimina a los padres solteros (a quienes no se les atribuye automáticamente la responsabilidad parental sobre sus hijos) en detrimento de las madres solteras a quienes se les atribuye esa patria potestad de forma automática, siendo a partir del 2003 cuando adquieren la patria potestad de forma automática tanto los hombres como las mujeres, si registran el nacimiento del niño de forma conjunta (Vid. P. Jiménez Blanco. *op.cit.*, p. 163, nota al pie num. 63)

<sup>253</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, p.163.

<sup>254</sup> *Ibidem.*

De esta parte, el hecho de que un tribunal aprecie que se da una de las circunstancias del artículo 13 no implica que inmediatamente deba denegar la restitución del menor sustraído, sino que la interpretación que debe darse de este precepto es la facultad que tiene el juez de decidir sobre eso, de tal forma que si aprecia que el grave riesgo, la aceptación, la voluntad del menor o el ejercicio no efectivo de la custodia, no son de entidad suficiente para denegar la restitución, podrá acordarla. Las circunstancias del artículo 13, son meros instrumentos que pueden determinar, en su caso, una justificación del no retorno de un menor; sin embargo, será el juez el que deberá interpretarlas para saber si procede o no su aplicación, a la luz de cada caso concreto.

#### Capítulo IV: El Título Ejecutivo Europeo.

El Reglamento Europeo establece que una resolución que determine la restitución de un menor que ha sido sustraído de forma ilícita, y dictada conforme a su artículo 11.8, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva sin necesidad de acudir a una declaración de ejecutividad, o sin que quepa impugnar su reconocimiento. El requisito que se establece para esto es que esa resolución haya sido certificada conforme a los artículos 40.1, 41.1 y 42.1 del Reglamento Europeo 2201/2003<sup>255</sup>. No es necesario acudir a un procedimiento de reconocimiento para que la resolución judicial que establezca el retorno de un menor sustraído sea ejecutable en un Estado miembro distinto de aquel en que fue dictada<sup>256</sup>. No hace falta que el Estado requerido emita una declaración que reconozca fuerza ejecutiva a la resolución, tal y como se desprende de los artículos 40.1, 41.1 y 42.1 del Reglamento, cuando establecen que las resoluciones en lo que se refiere al derecho de visita, y a sustracción internacional de menores (objeto de estudio del presente trabajo), tendrán “*fuerza ejecutiva directa*”, siendo esta fuerza ejecutiva “...*sin necesidad de declaración de ejecución*”<sup>257</sup>.

El Reglamento pretende resolver los litigios de custodia y visita interestatal de un modo rápido y eficaz, por eso suprime el exequátur para determinados aspectos de las resoluciones relativas a la restitución de menores, lo que no va a impedir que cualquiera de los titulares de la responsabilidad parental pueda solicitar el reconocimiento y/o una declaración de ejecutoriedad conforme a las disposiciones del Reglamento<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> Vid. H. Aguilar Grieder, “*La cooperación judicial internacional en materia civil en el tratado de Lisboa*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1. Marzo 2010, pp. 321-322.

<sup>256</sup> Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 339.

<sup>257</sup> Vid. Artículo 42.2 del Reglamento Europeo 2201/2003: “1. *La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.*”

<sup>258</sup> Vid. R. Espinosa Calabuig, “sustracción de menores y eliminación del exequátur”, en P. Lloria García (dir.) *El secuestro internacional de menores en el ámbito familiar, un estudio interdisciplinar*, Madrid 2008. p 250.

## I. Origen.

En determinados aspectos de la responsabilidad parental, la supresión del exequátur se ha convertido en una de las metas de la Comunidad Europea, pues se logra proyectar el concepto de reconocimiento mutuo, sobre el ámbito propio del Derecho Internacional Privado. La finalidad buscada era agilizar el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales dictadas sobre cuestiones en las que era difícil alcanzar una unificación. El Reglamento 2201/2003 prevé el concepto de cooperación entre las diferentes autoridades de los Estados miembros, para satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de visita o el retorno del menor que ha sufrido una sustracción<sup>259</sup>.

Las resoluciones dictadas en un Estado miembro tienen que someterse a una serie de condiciones para ser reconocidas en el resto de Estados miembro, así como a una serie de presupuestos de reconocimiento previos para que puedan beneficiarse del sistema de eficacia extraterritorial. Si se trata de una resolución susceptible de ejecución, el reconocimiento será presupuesto de la declaración de ejecutividad. Si falta alguno de los presupuestos para tal reconocimiento, o existe motivo para denegarlo, la resolución no podrá ser reconocida ni declarada ejecutiva. La declaración de ejecutividad o exequátur, será presupuesto del proceso de ejecución y solo las resoluciones susceptibles de ser ejecutadas podrán obtener dicha declaración, porque son las únicas con efecto ejecutivo<sup>260</sup>.

El Reglamento Europeo basa la justificación de la supresión del procedimiento de reconocimiento (exequátur) en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre; tal conclusión se desprende del vigesimotercer considerando del Reglamento<sup>261</sup>, en donde hace referencia al trigésimo cuarto punto de las conclusiones del Consejo, donde se establece: “*se reconocerán automáticamente en toda la Unión sin*

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 276 y 277

<sup>260</sup> *Ibidem*, pp. 277 y 278

<sup>261</sup> Vid. Considerando 23 del Reglamento Europeo 2201/2003: “*El Consejo Europeo de Tampere consideró en sus conclusiones (punto 34) que las resoluciones dictadas en el ámbito de los litigios familiares «se reconocerán automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución». Por ello, las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento deben ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. Las modalidades de ejecución de estas resoluciones siguen rigiéndose por el Derecho nacional.*”

*que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución”, refiriéndose a resoluciones relativas a litigios familiares<sup>262</sup>.*

Desde el punto de vista de A. Quiñones Escámez, que se suprima el exequátur es una garantía que desmotivará la sustracción, puesto que la fuerza ejecutiva que le otorga el Reglamento a la decisión en cuanto a la restitución, al Estado miembro de origen, de un menor sustraído, se minimizan los riesgos de la sustracción intracomunitaria del menor, porque el progenitor custodio ve protegido su derecho en la resolución que le otorga la custodia del menor<sup>263</sup>.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Europeo 2201/2003, solo el Reglamento 805/2004<sup>264</sup>, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos impugnados, preveía la supresión del exequátur para algunos de esos títulos. El que se elimine el exequátur en una decisión extranjera supone que esta gozará de eficacia automática en todo el espacio comunitario sin necesidad de reconocimiento. Todas las demás resoluciones dictadas en un Estado miembro deberán someterse a unas determinadas condiciones para poder ser reconocidas en el resto de Estados miembros. Ambos reglamentos se caracterizan por haber incorporado esta novedad de gran relevancia en el sistema para suprimir el exequátur.

La eliminación del exequátur se ha convertido en uno de los objetivos de la Unión Europea. Para ello *“la Unión se basa en disposiciones relativas al reconocimiento mutuo y debe adoptar medidas con el fin de instaurar una confianza recíproca entre los Estados miembros, creando para ello normas procesales mínimas y que garanticen, en particular, los derechos de defensa”<sup>265</sup>.*

---

<sup>262</sup> Vid. Conclusión 34 del Consejo de Europa de Tampere del 15 y 16 de Octubre de 1999: “34. *En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podría ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil”.*

<sup>263</sup> Vid. A. Quiñones Escámez, *op. cit.*, p.15.

<sup>264</sup> Vid. Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (DOCE nº L 143, de 30 de abril del 2004).

<sup>265</sup> Vid. Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” (DOUE 198, de 12 de Agosto de 2005).

## **II. Supresión del Exequátur en las decisiones sobre restitución de menores en el Reglamento.**

El contenido del artículo 11.8 del Reglamento Europeo 2201/2203 establece: “*Aún cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor*”. De esta forma queda manifiesto que, a los ojos del Reglamento, cuando se dé una decisión que establezca la restitución de un menor en aras al contenido de este artículo 11.8, esta decisión tendrá fuerza ejecutiva y será reconocida en el resto de Estados miembros, sin que haya que recurrir a una declaración de ejecutividad, y sin que el reconocimiento que se le dé a esa resolución pueda ser impugnado<sup>266</sup>. Lo que se pretende con la supresión del procedimiento es que una resolución de no retorno dictada con respecto al Convenio de la Haya de 1980 perjudique los efectos de una resolución que haya sido dictada en un momento posterior, por un tribunal competente, en la que se haya examinado la cuestión de la responsabilidad parental y que establezca la restitución del menor<sup>267</sup>.

Para que la resolución de restitución se beneficie de la supresión del exequátur es necesario que se certifique en los términos que establece el artículo 40.2<sup>268</sup> del Reglamento, norma que ya en su decimoséptimo considerando establece que: “*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 de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor*

---

<sup>266</sup> Vid. Artículo 40.1. b del Reglamento Europeo 2201/2003: “1. La presente sección se aplicará: ... b) a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11.”

<sup>267</sup> Vid. M. Sabido Rodríguez, “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/2003”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 22, 2004, pp. 307 y ss

<sup>268</sup> Vid. Artículo 40.2 del Reglamento Europeo 2201/2003: “...Las disposiciones de la presente sección no impedirán que un titular de la responsabilidad parental procure el reconocimiento y la ejecución de una resolución judicial conforme a las disposiciones de las secciones 1.ª y 2.ª del presente capítulo.”

*pueda oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído.* El artículo 11.8 pretende asegurar la “primacía” del tribunal del Estado del que el menor fue sustraído.

Si se analiza el contenido del artículo 42.1 del Reglamento, se observa como solo pueden beneficiarse de la supresión del exequátur las resoluciones en cuanto a la restitución del menor, y no otros pronunciamientos dictados por el tribunal competente en materia de responsabilidad parental<sup>269</sup>. Este artículo establece, en su apartado 1: “1. *La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2*”. Aquí, tal y como manifiesta P. Jiménez Blanco, no se busca que la orden dictada por el Estado miembro de origen despliegue toda su eficacia en el Estado miembro requerido, sino que se pretende conseguir el retorno del menor al Estado donde tenía su residencia habitual en el momento anterior a su traslado o retención<sup>270</sup>.

Por lo tanto, si en virtud del artículo 10 del Reglamento 2201/2003, el tribunal del Estado de origen del menor conserva su competencia después del traslado o la retención ilegal y dicta una resolución que implica el retorno del menor en un momento posterior a otra de no retorno dictada por el tribunal competente del Estado de destino, esta resolución surtirá efectos en el resto de Estados miembros sin necesidad de acudir al procedimiento del Exequátur. A este respecto, se ha concebido que las resoluciones de no retorno dictadas por los tribunales competentes del Estado miembro de destino devienen provisionales<sup>271</sup>, provisionalidad que no atribuye un aspecto innovador al Reglamento 2201/2003, simplemente concluye que el procedimiento de restitución o no

---

<sup>269</sup> Vid. M. Herranz Ballesteros, “International child Abduction in the European Union: the solutions incorporated by the Council Regulation”, *R.G.D.*, núm 34, 2004 p 360.

<sup>270</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*, p. 144

<sup>271</sup> *Ibidem.* p 144.

de un menor finaliza con una decisión de retorno, o no retorno, con un alcance limitado<sup>272</sup>.

Cuando el artículo 11.8 del Reglamento 2201/2003 precisa que se trata de “... *cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor*”, precisa que necesitamos una relación cronológica en la que, con carácter previo, se haya dictado una orden de no restitución por el tribunal del Estado miembro de destino, y con posterioridad el Estado miembro de origen haya dictado otra de restitución del menor<sup>273</sup>, es por ello, que el considerando decimoséptimo del Reglamento Europeo 2201/2003 establece “*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 de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor pueda oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído*”.

A este efecto, y para defender la postura de que, para la eliminación del exequátur se necesita una resolución de no restitución anterior, debemos acudir también al artículo 42.2 del Reglamento, en el que se contienen los requisitos que deben darse para que los tribunales del Estado de origen puedan expedir el certificado que haga ejecutable y reconocible la decisión de restitución del menor, y entre ellos, en el apartado c del citado artículo, se encuentra el que hayan tenido en cuenta las condiciones que esgrimieron los tribunales del Estado de destino, cuando aplicaron las excepciones del artículo 13.b del Convenio de la Haya de 1980; por lo que, si para poder otorgar el

---

<sup>272</sup> Vid. R. Espinosa Calabuig, *op. cit.*, p. 274.

<sup>273</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 Julio de 2008, Asunto C-195/08 PPU, Inga Rinau, rec 2008. Apartado 71

certificado por parte de los tribunales del Estado miembro de origen, es preciso que tengan en cuenta las condiciones esgrimidas por el Estado miembro de destino, en base a las cuales han denegado la restitución del menor, se necesita, previa a la resolución de restitución, una de no restitución<sup>274</sup>.

Como conclusión general, el Tribunal de Justicia señala que: “... *De ello se desprende que el artículo 40 apartado 1 letra b) del Reglamento, es una disposición que únicamente se aplica cuando previamente se ha dictado en el Estado miembro de ejecución una resolución de no restitución*”. Por lo tanto, tal y como refiere A. Devers, si las autoridades del Estado de ejecución dictan una resolución de restitución, esta resolución no se va a beneficiar de la supresión del exequátur<sup>275</sup>, para este caso habría que acudir a los artículos 28 y siguientes del Reglamento, y solicitar el efecto ejecutivo de la resolución del Estado de ejecución.

Siguiendo con la reflexión de A Devers, y compartiendo su opinión, considero que la supresión del exequátur, establecida en el artículo 42 del Reglamento, debería ser aplicable a cualquier decisión de restitución de un menor, puesto que de no ser así lo que se provoca es que el progenitor que ha sustraído al menor, una vez que obtiene del Estado de ejecución una resolución de retorno, que no goza de la supresión del exequátur, siempre podrá abandonar este Estado e ir a refugiarse a otro distinto, quebrantando la orden de restitución, puesto que el reconocimiento y la ejecutividad de la resolución de restitución, en este tercer estado, no sería automática si no se ha procedido a la activación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de la misma<sup>276</sup>.

El Tribunal de Justicia volvió a pronunciarse sobre las resoluciones de restitución de menores dictadas al amparo del artículo 11.8 del Reglamento, en su sentencia de 1 de julio de 2010<sup>277</sup>; asunto en el que se le consultó al Tribunal de Justicia si la resolución que ordena el retorno de un menor y que se beneficia de la supresión del exequátur debe fundarse sobre una resolución definitiva relativa a la responsabilidad parental del menor, dictada por el tribunal del Estado miembro competente. El Tribunal respondió que del contenido del artículo 11.8 del Reglamento no puede desprenderse que la resolución que del Tribunal del Estado miembro competente tenga que ser definitiva,

---

<sup>274</sup> Ibidem. Apartado 73

<sup>275</sup> Vid. A. DEVERS, “*Les enlèvements ...*” *op. cit.*, p. 49

<sup>276</sup> Ibidem, p. 49

<sup>277</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 Julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, Povse c. Alpage Rec 2010, apartados 51 y ss.

puesto que el precepto se refiere “a cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor<sup>278</sup>”.

Hace una distinción importante el Tribunal, cuando establece que del contenido del artículo 11.7 del Reglamento, cuando determina que, una vez recibida toda la documentación el tribunal del Estado de destino, este debe de invitar a las partes a presentar reclamaciones para examinar la cuestión de la custodia del menor, cabe deducirse que la voluntad del precepto es tomar una determinación con la base de que la decisión sobre la custodia del menor sea definitiva<sup>279</sup>, pero ni del artículo 11 en sus apartados 7 y 8, ni de los artículos 42 a 47 del Reglamento cabe extraer que se necesite esa resolución definitiva en cuanto a la custodia<sup>280</sup>.

El Tribunal entiende que la ejecutividad en materia de responsabilidad parental tiene que haber tenido en cuenta las razones en las que previamente se basó la decisión de no retorno, y que el Tribunal del Estado de origen está llevando a cabo un segundo análisis de esas circunstancias<sup>281</sup>.

### **III. Controles del Estado de Origen.**

Debemos tener claro que la supresión del exequátur busca que la decisión de retorno tomada por el Tribunal competente de un Estado miembro, posterior a una de no retorno dictada por el Estado de destino del menor, y conforme a lo establecido en el artículo 11.8 del Reglamento Europeo 2201/2003, sea reconocible y ejecutable a nivel de la Unión Europea, de tal forma que si el progenitor sustractor trasladase de nuevo al menor a otro Estado diferente, miembro de la Unión, no haría falta volver a activar todo el mecanismo de restitución que prevé el Convenio de la Haya de 1980<sup>282</sup>. Bastará con solicitar en ese nuevo Estado la “*fuera ejecutiva directa*” de la resolución de restitución dictada por el Estado miembro de Origen<sup>283</sup>. Para que la resolución de restitución despliegue sus efectos en cualquier otro Estado miembro, se requiere una copia

---

<sup>278</sup> *Ibidem* apartado 52.

<sup>279</sup> *Ibidem* apartado 53

<sup>280</sup> *Ibidem* apartado 53y 54

<sup>281</sup> *Ibidem* apartado 56

<sup>282</sup> Vid. Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, *op. cit.*, p 48.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 48

auténtica de la resolución de la restitución<sup>284</sup>, y el certificado contenido en el anexo IV del Reglamento.

El primero de los requisitos que tiene que tenerse en cuenta cuando hablamos de la supresión del exequátur es que el menor trasladado hubiese tenido su residencia habitual antes del traslado o la retención en un Estado miembro, y que el traslado o la retención se hayan llevado a cabo en otro Estado miembro. Si el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro antes del traslado o la retención, pero el traslado se ha llevado a cabo a un Estado no miembro, pero parte del Convenio de la Haya, las normas que operarán serán las del Convenio de la Haya, pero no las del Reglamento, por lo que la excepción que hace el artículo 11.8 no será de aplicación en este supuesto, al igual que si el traslado o retención ilegal se hace de un Estado no miembro y parte del Convenio a un Estado miembro.

### *1. Audiencia al menor.*

Cuando en el artículo 42 del Reglamento Europeo se establece que es necesaria la audiencia al menor para otorgarse el certificado al que se refiere el artículo 40<sup>285</sup>, nos está diciendo que sólo podrá otorgarse el efecto ejecutivo de una decisión de retorno de un menor, posterior a una dictada de no retorno, cuando, entre otros requisitos, se le haya dado audiencia al menor<sup>286</sup>; de tal forma que si el menor no es oído en la segunda sentencia en la que sí se otorgue la restitución, volverá a denegarse la misma por falta

---

<sup>284</sup> Vid. Artículo 54.1.a del Reglamento Europeo 2201/2003: “1. La parte que invocare la ejecución de una resolución deberá presentar: a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad...”

<sup>285</sup> Vid. Artículo 42 del Reglamento Europeo 2201/2003: “La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2. Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del apartado 8 del artículo 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución. 2. El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente: 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;...” Artículo 40 apartado 1 letra b del Reglamento Europeo 2201/2003: “La presente sección se aplicará:... b) a la restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del artículo 11”. Artículo 11 apartado 8 del Reglamento Europeo 2201/2003: “aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

<sup>286</sup> Vid. Opinión del Abogado General SR Yves Bot, op. cit. apartado 79.

de audiencia del niño. En este sentido es relevante, en el análisis de esta causa, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el *caso Aguirre*, de 22 de Diciembre de 2010, donde defiende que la audiencia al menor (en este caso concreto), es suficiente para denegar la restitución de aquel al Estado del que fue trasladado ilícitamente<sup>287</sup>.

En esta sentencia se plantea en supuesto de una resolución de no restitución de una menor al Estado de residencia habitual de su padre (España), quedándose la niña residiendo con su madre en Alemania. Con posterioridad a esta sentencia de no retorno, se dicta otra en la que la menor deberá ser restituida a la residencia habitual de su padre, poniéndose en marcha el artículo 42 del Reglamento Europeo 2201/2003, en relación con el artículo 11 apartado 8 del mismo, a tenor de los cuales, cuando se dicta una sentencia de restitución posterior a una de no retorno, la segunda será certificada como título ejecutivo Europeo y no será necesario ningún tipo de reconocimiento para hacerla efectiva en cualquier otro Estado parte del Reglamento.

El problema se suscita porque, según la sentencia que dicta el tribunal español, le han dado oportunidad de audiencia a la menor, audiencia que, efectivamente, no se da, llegando los tribunales Alemanes a plantear ante el Tribunal Superior de Justicia cómo podrían invalidar esa situación, puesto que no cumple con el requisito del artículo 40.2 del Reglamento de darle Audiencia a la menor.

El tribunal, y más concretamente el Abogado General (señor Yves Bot<sup>288</sup>), establecen que no son los tribunales Alemanes los que deben oponerse a ese reconocimiento, puesto que en base al principio de confianza entre autoridades ellos deberán aceptarlo como título ejecutivo Europeo con los efectos del artículo 42, y será la parte interesada la que litigue para quitarle la validez de esa decisión ante los

---

<sup>287</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de Diciembre de 2010: “...28 *El Oberlandesgericht Celle señaló en particular que la audición de Andrea efectuada por él demostraba que esta última se oponía tenazmente a la restitución solicitada por su padre y se negaba categóricamente a volver a España. El perito designado por dicho órgano jurisdiccional concluyó, tras esta audiencia, que debía tomarse en consideración la opinión de Andrea, habida cuenta tanto de su edad como de su grado de madurez...”. ...” artículo 42 apartado 2, párrafo primero, del Reglamento nº 2201/2003, a cuyo tenor el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen emitirá el certificado previsto en el apartado 1 de dicho artículo únicamente si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiera considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez [letra a)], si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia [letra b)] y 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 [letra c)]...”*

<sup>288</sup> Vid. Opinión del abogado General, SR Yves Bot, presentada el 7 de diciembre de 2010, con respecto al Asunto C-491/10 PPU; caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz.

tribunales del Estado de Origen; de esta forma no se está ralentizando el retorno de la menor.

El Reglamento 2201/2003 no obliga que se le dé audiencia al menor, establece la posibilidad de darle audiencia cuando por su edad o grado de madurez esto sea posible. De hecho, en el caso *Rinau* (ya comentado con anterioridad), no se consideró oír a la menor por la edad de la misma.

No obstante, la opinión expresada durante la audiencia al menor no vincula al juez del Estado miembro de origen; aunque bien es cierto que el artículo 13 del convenio de la Haya de 1980 establece como motivo para la denegación de la restitución que el menor se oponga a su restitución, no convierte esa oposición en una decisión vinculante para el juez que deba oírlo.<sup>289</sup>

## 2. Audiencia a las partes.

Cuando se establece la posibilidad de audiencia a las partes no se refiere a una interpretación estricta de que la parte comparezca ante el juez, de tal forma que este le oiga directamente. Las posibilidades de audiencia a las partes son múltiples, de lo que se trata es que las partes puedan manifestar su opinión y su voluntad. Así, en el caso *Rinau*, se entendió que se había dado audiencia a la progenitora puesto que, aunque no le fue posible acudir a la vista, estuvo representada<sup>290</sup>.

Es posible que el menor o la parte demandada no puedan acudir a la vista, porque esta se celebra en un Estado miembro diferente al de su residencia habitual, pero la Guía Práctica se propone acudir a los mecanismos previstos en el Reglamento 1206/2001. Además, en el Estado de origen del menor el traslado o la retención ilegal pueden ser objeto de un delito, por lo que deberán tomarse medidas para asegurar que el sustractor pueda prestar su declaración ante el juez sin que vayan a tomarse contra él represalias penales<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Vid. Opinión del Abogado General Yves Bot, op. cit. apartado 89

<sup>290</sup> Vid. Opinión del Abogado General Sharpston de 1 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, Inga Rinau, Rec. 2008, apartado 42 nota 15.

<sup>291</sup> Vid. *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, op. cit., p. 46.

### 3. Excepciones del artículo 13.

El Tribunal del Estado miembro de origen debe acreditar que ha valorado las circunstancias excepcionales del artículo 13. del Convenio de la Haya de 1980, que esgrimió el tribunal del Estado de destino para tomar su decisión de no retorno con anterioridad<sup>292</sup>, para ello es necesario que el tribunal del Estado de origen tenga toda la información necesaria para poder analizar las excepciones del artículo 13. del Convenio de la Haya; circunstancias que llevaron a resolver la no restitución a los Tribunales del Estado de destino del menor<sup>293</sup>.

De esta forma se ve conectada la obligación que establece el Reglamento en el artículo 11.6 del Convenio de la Haya, de que los tribunales del Estado de destino que deniegan la restitución del menor conforme a las circunstancias del artículo 13 del Convenio de la Haya, deban transmitir a los tribunales del Estado de origen copia de la resolución judicial de no restitución y los documentos pertinentes<sup>294</sup>, solo así el tribunal competente para dictar la resolución sobre la responsabilidad parental podrá tener conocimiento de las circunstancias que motivaron la activación de las excepciones del artículo 13 del Convenio, evaluarlas, y tomarlas en consideración para su ulterior decisión.

De esta forma se da la situación de que dos tribunales de la Unión, de Estados miembros diferentes, fallan, sobre un mismo caso, con dos resoluciones distintas. Cuando el Reglamento permite que el tribunal competente para conocer sobre la cuestión de la responsabilidad parental, pueda decidir en contra de lo que ha resuelto el tribunal del Estado miembro al que el menor fue trasladado o en el que está siendo retenido, lo que busca es que no se realice una aplicación errónea de los mecanismos del artículo 13 del Convenio de la Haya, que solo pueden operar en circunstancias excepcionales<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Vid. R. Espinosa Calabuig, *op. cit.*, p 236

<sup>293</sup> Vid. M. Herranz Ballesteros *op. cit.*, p 360.

<sup>294</sup> Vid. Artículo 11.6 del Reglamento Europeo 2201/2003: “En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución”

<sup>295</sup> Vid. R. Espinosa Calabuig, *op. cit.*, pp 287 y 289.

Cuando el artículo 42.2.c establece que deben tenerse en cuenta los motivos que provocaron la decisión de no restitución, lo que busca es que no se vaya a tomar por sistemática que el tribunal competente del Estado de origen para conocer sobre el fondo de la responsabilidad parental vaya a impugnar la resolución de no restitución de forma arbitraria; le impone un límite a la decisión judicial de restituir al menor, asegurándose, en todo momento, de la protección del interés del menor<sup>296</sup>.

El artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003, tanto en su apartado 6 como en su apartado 8, cuando habla de las resoluciones de no restitución se basa en las causas excepcionales que se localizan en el artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980<sup>297</sup>, y sin embargo los artículo 11.2 del Reglamento sí hace referencia al artículo 12 del Convenio<sup>298</sup>.

Cabe la duda de qué ocurre cuando una autoridad judicial del Estado miembro de destino dicta una resolución de no restitución en base al artículo 12<sup>299</sup> del Convenio de la Haya de 1980 (haya transcurrido más de un año y el menor esté integrado en su nuevo entorno). Si atendemos al tenor literal del artículo 11.8 del Convenio de la Haya establece, de forma clara, que solo será aplicable cuando se haya dado una resolución de no restitución del menor esgrimiendo las causas del artículo 13 del propio Convenio, por lo que una resolución de no restitución en base al artículo 12 quedaría automáticamente fuera de este precepto, porque además, si ha transcurrido más de un año desde el traslado del menor y el inicio del procedimiento, sería mucho más difícil tomar una decisión de retorno con respecto al menor<sup>300</sup>.

Además, si el menor hubiese quedado integrado en su entorno, y la resolución dictada por el órgano competente del Estado de destino fuese de no retorno,

---

<sup>296</sup> Vid. M. Herranz Ballesteros *op. cit.*, 357

<sup>297</sup> Vid. R. Espinosa Calabuig, *op. cit.*, 289-290.

<sup>298</sup> Vid. Artículo 11.2 del Reglamento Europeo 2201/2003: "...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".

<sup>299</sup> Vid. Artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980: "*Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo 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. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor*".

<sup>300</sup> Vid. R. Espinosa Calabuig, *op. cit.*, 288 y 290.

relacionando esto con el artículo 10 del Reglamento Europeo 2201/2003<sup>301</sup>, si se deniega el retorno del menor en base al transcurso de un año y a su integración en el nuevo entorno, los tribunales del Estado miembro de origen habrían perdido su competencia<sup>302</sup> para conocer sobre el fondo de la causa de responsabilidad parental, por lo que ya no tendría competencia para dictar una resolución posterior en el tiempo y que implicase la restitución, no siendo posible la libre circulación de la misma.

El problema en cuanto al sustento de esta justificación de la exclusión de las causas del artículo 12, es que no siempre que transcurre un año desde que se produjo la sustracción los tribunales del Estado miembro de origen pierden la competencia, puesto que, según el cómputo del plazo con respecto al Convenio de la Haya de 1980, en su artículo 12, debería comenzarse a contar desde que el traslado o la retención se ha producido, mientras que el artículo 10 del Reglamento Europeo 2201/2003 el cómputo del año empieza a contar desde que la persona o institución que ostentaba el derecho de guarda y custodia tiene conocimiento de que se ha producido ese traslado ilícito, o desde el momento en el que debió procederse a la devolución del niño (en el ejercicio del derecho de visitas), y no se hizo. De esta forma, puede que el tribunal del Estado de destino al que fue trasladado al menor dicte una orden de no restitución en virtud del transcurso de un año, conforme al contenido del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, pero que con posterioridad el tribunal competente del Estado de origen dicte otra que ordene la restitución, conforme al plazo de un año en los términos previstos en el artículo 10 del Reglamento europeo 2201/2003; o, como dice P. Jiménez Blanco, la orden de no restitución dictada por el artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, no tiene por qué llevar aparejada la pérdida de competencia judicial internacional del Estado miembro de origen<sup>303</sup>.

En este supuesto, comparto opinión con P. Jiménez Blanco, al entender que sí debería haberse contemplado la posibilidad de que se dicte una resolución de

---

<sup>301</sup> Vid. Artículo 10 del Reglamento Europeo 2201/2003: *"En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y:... b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor..."*

<sup>302</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.*,. 162.

<sup>303</sup> *Ibidem.* pp. 162

restitución, posterior a una de no restitución, en base a las circunstancias del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, y no solo en base a las excepciones del artículo 13; hipótesis que debió haber sido prevista en los apartados 6. 7 y 8 del artículo 11 del Reglamento Europeo 2201/2003<sup>304</sup>.

Así mismo, del tenor literal del artículo 11.6 del Reglamento Europeo 2201/2003, se deduce que las excepciones de denegación de la restitución de un menor sustraído ilícitamente con respecto a la circunstancia contenida en el artículo 20 del Convenio de la Haya<sup>305</sup> (relativa a los derechos fundamentales y a la vulneración de orden público). En este sentido, hay doctrina que determina que cuando hablamos de sustracciones intracomunitarias no debería de aplicarse esta excepción, pues no tendría cabida hablar que entre Estados miembro de la Unión Europea vayan a tomarse decisiones que atenten contra los derechos fundamentales o contra el orden público de otro Estado<sup>306</sup>, aunque desde mi punto de vista el Reglamento también se queda cojo cuando no lo recoge en su artículo 11.6, puesto que, si cabe alegarla como una de las causas de no restitución, debería equipararse al resto de excepciones a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional.

#### *4. Medidas que garantizan la protección del menor.*

Además de hacer constar en el certificado la concurrencia de los tres factores anteriores, para poder otorgarle la validez que pretende, en el caso de que se haya decidido tomar medidas para la restitución del menor a su Estado donde tenía su residencia habitual en el momento inmediatamente anterior a que se produjera su retención o traslado, esas medidas deben de ser concretas<sup>307</sup>. No se trata simplemente de mencionar que se tomarán esas medidas, sino que hay que determinarlas y concretar su contenido<sup>308</sup>. Según el artículo 45.2 del Reglamento, se deberán aportar los pormenores de las medidas que se vayan a adoptar para la restitución segura del menor, en la lengua

---

<sup>304</sup> Ibidem. pp. 62-163

<sup>305</sup> Vid. Artículo 20 del Convenio de la Haya de 1980: *“La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el 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.”*

<sup>306</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *op. cit.* p. 163.

<sup>307</sup> Vid. Artículo 42.2 segundo párrafo del Reglamento Europeo 2201/2003: *“...En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas”.*

<sup>308</sup> Vid. H. Fulchiron, *op. cit.*, p 253.

oficial del Estado miembro de ejecución, o en cualquier otra lengua que este Estado haya manifestado que puede aceptar<sup>309</sup>.

#### IV. Efectos del certificado.

Los límites que se le imponen al efecto ejecutivo de esta resolución son los que impone el artículo 44 del Reglamento, y son los límites de ejecución de la propia sentencia<sup>310</sup>. Tal y como reconoce el artículo 43.2 del Reglamento Europeo 2201/2003, no cabrá recurso alguno contra la expedición del certificado de ejecución<sup>311</sup>. El motivo que justifica la decisión que toma a estos efectos el Reglamento, es que en los supuestos de sustracción de menores el objetivo es actuar con celeridad, impidiendo así que se acuda al recurso de forma dilatoria<sup>312</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 11 de Julio de 2008, también se pronunció sobre esta cuestión<sup>313</sup>. Si se sigue la vía que se contiene en la Sección 4 del Capítulo III del Reglamento, no cabe interponer recurso alguno contra la expedición del certificado, de tal manera que la resolución será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros, sin poder impugnar su reconocimiento y sin necesitar la declaración de ejecutividad<sup>314</sup>.

El Tribunal establece que una orden de restitución de un menor posterior a una de no restitución “goza de autonomía procedimental”, y tiene como objetivo que no se retrase la restitución del menor<sup>315</sup>.

En un caso concreto (*Caso Rinau*), como el certificado ha sido emitido con las garantías que se establecen en el artículo 42.2 del Reglamento Europeo 2201/2003, y no

---

<sup>309</sup> Vid. Artículo 45.2 del Reglamento Europeo 2201/2003: “... 2. A los efectos del presente artículo: - el certificado mencionado en el apartado 1 del artículo 41 se acompañará de una traducción del punto 12 relativo a las modalidades de ejercicio del derecho de visita, — el certificado mencionado en el apartado 1 del artículo 42 se acompañará de una traducción del punto 14 relativo a los pormenores de las medidas adoptadas para garantizar la restitución del menor. La traducción estará realizada en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua que dicho Estado miembro haya indicado expresamente que puede aceptar. La traducción estará certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros”.

<sup>310</sup> Vid. Artículo 44 del Reglamento Europeo 2201/2003: “El certificado sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia.”

<sup>311</sup> Vid. Artículo 43.2 del Reglamento Europeo 2201/2003: “...por lo demás, no se podrá interponer recurso contra la expedición de un certificado de conformidad con el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42.”

<sup>312</sup> Vid. H. Fulchiron, *op. cit.*, p 254.

<sup>313</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 Julio de 2008, *Asunto C-195/08 PPU, Inga Rinau, rec 2008*.

<sup>314</sup> *Ibidem*, apartado 64

<sup>315</sup> *Ibidem* apartado 63

se ha cuestionado su autenticidad, los tribunales lituanos solo pueden constatar la fuerza ejecutiva de la resolución alemana de restitución del menor.

Los tribunales del Estado miembro donde pretende ejecutarse el título ejecutivo europeo no pueden valorar su expedición, sino solo ejecutarlo “*en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho estado miembro*”<sup>316</sup>.

Pero, tal y como recoge el artículo 43.1 del Reglamento Europeo 2201/2003, el certificado podrá rectificarse conforme a la legislación nacional del Estado de origen, pero solo cuando se trate de un error material, tal y como señala el considerando vigésimo cuarto del Reglamento 2201/2003<sup>317</sup>. Por lo tanto, no cabe recurso cuando el Estado de destino considere que el certificado no cumple con los requisitos del artículo 42, aunque el estado de origen afirme que sí.

---

<sup>316</sup> Vid. Artículo 47.2.II del Reglamento Europeo 2291/2003.

<sup>317</sup> Vid. Considerando vigésimo cuarto del Reglamento Europeo 2201/2003: “*El certificado que se expide para facilitar la ejecución de la resolución judicial no debe ser susceptible de recurso. Contra él sólo debe haber un procedimiento de rectificación en caso de error material, es decir, si el certificado no refleja correctamente el contenido de la resolución judicial*”.

## **Conclusiones**

1-. Con la creación del Reglamento 2201/2003 se intentó dar un giro a la protección de los menores en el Espacio Europeo y se introdujeron mejoras con respecto a la normativa vigente anterior (Reglamento 1347/2000).

2-. En cuanto a las novedades que introduce con respecto a la sustracción de menores, el sistema del nuevo Reglamento Europeo 2201/2003, se centra en agilizar los procedimientos de restitución e impone un sistema más garantista, basado en la búsqueda del retorno del menor a su Estado de origen y en la protección del interés superior del menor

3-. El Reglamento Europeo 2201/2003 solo es aplicable con respecto a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental; por ello integra en su articulado el sistema de cooperación entre autoridades que alberga el Convenio de la Haya de 1980. Gracias a esta integración, se crea una red de comunicación entre las autoridades centrales de los Estados miembro de la Unión Europea, y parte del Reglamento, que fomenta la agilidad en los trámites de los procesos de restitución de menores. Por ello se impone un plazo máximo de 6 semanas (plazo en que las autoridades centrales competentes deberán pronunciarse sobre la restitución o no en un supuesto de sustracción de un menor), que solo se podrá exceder cuando se produzcan circunstancias excepcionales suficientemente justificadas.

4-. La finalidad tanto del Reglamento Europeo como del Convenio de la Haya no es la decisión sobre el fondo del asunto (litigios sobre la custodia de menores), sino que se limitan a la decisión sobre la restitución o no de un menor sustraído de forma ilícita.

5-. El procedimiento que recoge el Reglamento para la restitución es muy garantista para los intereses del menor, pero también lo es para los intereses de la persona titular del derecho de guarda y custodia a quien le ha sido sustraído el menor; así, el Reglamento determina que no habrá lugar a una denegación de la restitución cuando no se le haya dado audiencia al menor sustraído, pero tampoco cabrá la denegación de la restitución cuando no se haya oído a la parte que solicita la restitución.

6-. El Reglamento, aunque si concibe que hay circunstancias que puedan justificar la no restitución del menor a favor de los intereses de este, es muy restrictivo a la hora de admitirlas. Para poder aceptar alguna de las causas que originen la no restitución, el Reglamento exige una gran consistencia en la prueba y que las circunstancias no puedan ser salvadas por el Estado de origen. Así se pone de manifiesto en el artículo 11 del Reglamento, cuando establece que no se admitirá la excepción de grave riesgo del menor cuando el Estado de origen asegure que pondrá todas las medidas necesarias para que el menor pueda retornar sin correr ningún peligro, riesgo, o ponerlo ante una situación intolerable.

7-. El Reglamento adolece de deficiencias también perceptibles en el Convenio de la Haya. La falta de definición de los conceptos utilizados en su articulado provoca distorsiones e impide su aplicación uniforme en todos los Estados miembros. Un claro ejemplo es la falta de concreción de los conceptos que se plantean a lo largo del articulado del Reglamento, tales como el “grave riesgo”, “situación intolerable” o “riesgo físico y psíquico”, “orden público” o la “integración del menor.

8-. En relación con las excepciones al retorno del menor, hay dos momentos diferentes que puedan justificar la no restitución: el primero, cuando haya transcurrido este año desde que el menor haya sido trasladado o retenido de forma ilícita; el segundo, cuando haya más de un año.

En el primer caso, deberá decretarse la restitución del menor siempre. Aquí es donde está el punto de conexión con el artículo 13 del Convenio de la Haya que establece que, no obstante, la Autoridad competente podrá denegar la restitución del menor cuando: el padre custodio no ejerciese de forma efectiva ese derecho, cuando el menor se oponga a su restitución, cuando la restitución podría poner en grave riesgo, o en una situación intolerable al menor, o cuando la restitución del menor sea contraria a los derechos fundamentales o al orden público del Estado de Destino.

En el segundo supuesto, se admite como motivo adicional para justificar el no retorno, la acreditación de la integración del menor en el Estado donde se produjo la sustracción.

9-. El contenido de los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya son medios de protección del interés del menor a través de los cuales la normativa internacional entiende que la decisión de restitución no les beneficiaría, aunque el traslado se haya realizado de forma ilegal.

10-. También entra en juego, como causa de no restitución, el interés del orden público y el respeto a los derechos fundamentales del menor, aunque esta excepción resulta fundamentalmente aplicable no tanto en las sustracciones intracomunitarias, como en las internacionales, dado que el orden público entre los Estados que forman parte de la Unión Europea es coincidente, y a esto responde el principio de libertad de circulación.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales de los menores ocurre lo mismo. La concepción de estos derechos en el seno de la Unión es muy similar. Quedan, no obstante, algunos supuestos que sí manifiestan divergencias que podría activar el orden público entre los Estados miembro, como los en los que la custodia ha sido otorgada a uno de los progenitores de forma discriminatoria.

11-. Una de las novedades que introduce el Reglamento es el la supresión del exequátur para todas aquellas resoluciones de restitución dictadas por el Tribunal del Estado de origen con posterioridad a una de no restitución otorgada por el Tribunal del Estado de destino; de esta forma queda latente la prioridad que se le da a la competencia del Estado de origen (con respecto a las normas contenidas en el artículo 10 del Reglamento), y permite plantear la cuestión de fondo, frente a los tribunales de la residencia habitual del menor originaria.

12-. A pesar del avance que ha supuesto el Reglamento Europeo 2201/2003, resulta necesario acometer una reforma de su articulado que colme las lagunas relativas, sobre todo, a la indefinición de los conceptos utilizados. Debería procederse, en este sentido, a fijar una edad uniforme para la audiencia del menor y establecer las circunstancias concretas que pueden justificar que un tribunal incumpla el plazo de las 6 semanas para decidir sobre la restitución del menor.

13-. El derecho de la Unión Europea requiere, en lo que a secuestro de menores se refiere, limitar la discrecionalidad de los tribunales a la hora de decidir sobre estos supuestos y fijar las líneas interpretativas de la normativa aplicable. Con ello se garantizaría la seguridad jurídica y la aplicación uniforme de la normativa europea.

## Bibliografía.

- ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup>.D., “Regulación autónoma del procedimiento relativo a la devolución de menores trasladados ilícitamente” en ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup>. D. y GARCÍA CANO, S., *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 107.
- AGUILAR GRIEDER, H., “La cooperación judicial internacional en materia civil en el tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1. Marzo 2010, pp. 321-322
- ARMSTRONG, S., “L’Articulation des règlements communitaires et des conventions de La Haye” en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. *le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilite parentale*, París, Dalloz 2005, pp. 115, 116,
- BARUFFI, M. C., *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padua, CEDAM, 2005, p. 150
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *La sustracción de Menores en la Unión Europea*, Madrid, Cóllex ,2010.
- CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Protección de menores” en Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J (dirs.), *derecho de familia internacional*, Madrid, Cóllex, 2004, p.p. 246-308,
- CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Crisis matrimoniales” en CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J (dirs.) *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2010-2011, p. 157.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch monografías, 2010.
- DEVERS, A., “L’articulation du règlement “Bruxelles II bis” et des autres règlements communitaires”, en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005. pp. 123-136

- DEVERS, A., “Les enlèvements d’enfants et le Règlement Bruxelles II bis”, en H. FULCHIRON (ed), *Les enlèvements d’enfants á travers les frontières*”, Bruselas, Bruylant, 2004, p. 35,
- DURÁN AYAGO, A., “Reconocimiento de medidas de protección y cooperación entre autoridades”, en A.L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs), *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Madrid, Cóllex, 2004, p. 259,
- ESPINOSA CALABUIG, R “Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.) *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.S. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 250
- FULCHIRON, H., “La lutte contre les enlèvements d’ enfants”, en FULCHIRON, H y NOURISSAT, C (dirs), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 238,
- GÓMEZ BENGOCHEA, B., *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 1980*, Madrid, Dykinson , 2002.
- GONZÁLEZ BLEIFUSS, C., “Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “*la sustracción interparental de menores*”, Madrid, Dykinson, 2005, p. 103.
- GONZÁLEZ VICENTE, P., “El Reglamento (CE) 2201/2003: el alcance del reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el derecho de visita y secuestro de menores”, *Estudios de Derecho Judicial* num. 74, 2005. pp. 15-48
- Guía práctica para la aplicación del Nuevo Reglamento Bruselas II. Versión actualizada 1 de Junio de 2005.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., “Internationals child Abduction in the European Union: the solutions incorporated by the Council Regulation”, R.G.D., núm 34, 2004, p. 360.
- [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133194\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133194_es.htm)

- Informe Explicativo del Convenio de la Haya de 1980, realizado por Doña Elisa Pérez-Vera
- JAULT, F., “La notion de “responsabilité parentale””, en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 164,
- JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.
- LLORIA GARCÍA, P., *El Secuestro Internacional de menores en el ámbito familiar, un estudio interdisciplina*, Madrid, Iustel, 2008
- MAESTRE CASAS, P., “Sustracción y restitución internacional de menores” en LLAMAS POMBO, E (coord.), *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 511,
- MIRALLES SANGRÓ, P.P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1989, pp. 101 y ss.
- MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos Internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.
- NOURISSAT, C., “Le règlement “Bruxelles II bis”: conditions générales d’application” en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, 2005, p. 6.
- PÍAS GARCÍA, E., “Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción de menores” en ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup>. D. y GARCÍA CANO, S., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*”, Madrid, Cóllex, 2004, p. 75,
- Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” (DUOE 198, de 12 de Agosto de 2005).
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental, El Reglamento CE 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003, Barcelona, InDret, 2004, núm. 250, p. 10*

- REIG FABADO, I., “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: integración con el Convenio de la Haya de 1980” en LLORIA GARCÍA, P., (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008, p. 227.
- España, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, “Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de conceptos de Domicilio y Residencia, de 1972” en *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*, Madrid, Centro de publicaciones.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental” *La ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Madrid, Disley SA, 2004, pp. 1721-1731
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/2003”, *Anuario de la facultad de derecho*, núm. 22, 2004, pp 307-320
- SALZANO, A., *La strazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milán, Giufre, 1995.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., “La protección de menores en la Unión Europea: El Reglamento Comunitario 2201/2003”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2006, nº 11. p. 12
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, *La sustracción internacional de menores*, Madrid, Dykinson 2005.

## **Jurisprudencia.**

INCADAT (base de datos sobre la sustracción internacional de niños)

### - **Alemania.**

- *21 UF 70/01, Oberlandesgericht Köln, Oberlandesgericht Köln (Higher Regional Court)*, cita INCADAT: HC/E/DE 491

### - **Australia**

- *Barry Eldon Matthews (Commissioner, Western Australia Police Service) v. Ziba Sabaghian PT 1767 of 2001*, Family Court of Western Australia at Perth, cita INCADAT: HC/E/AU 345.
- *In the Marriage of Resina Full Court of the Family*, Court of Australia at Perth, cita INCADAT: HC/E/AU.
- *Director General of the Department of Community Services v. N., 19 August 1994*, Family Court of Australia at Sydney, cita INCADAT: HC/E/AU 231.
- *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane)*, Family Court of Australia at Brisbane, cita INCADAT: HC/E/AU 294.
- *State Central Authority v. Ayob*, Family Court of Australia at Melbourne cita INCADAT: HC/E/AU 232.
- *In the Marriage of Regino and Regino v. The Director-General, Department of Families Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority (1995) FLC 92-587*, Family Court of Australia at Brisbane, cita INCADAT HC/E/AU 312

### - **Austria**

- *5Ob17/08y, Oberster Gerichtshof, 1/4/2008*, Oberster Gerichtshof, cita INCADAT: HC/E/AT 981.

### - **Bélgica**

- *Civ Liège (réf) 14 mars 2002, Ministère public c/A, Civ Liège*, cita INCADAT HC/E/BE 706

### - **Canadá**

- *Canadá Thomson v. Thomson*, Supreme Court of Canada, cita INCADAT: HC/E/CA 11.

- *Crnkovich v. Hortensius*, Ontario Superior Court of Justice, cita INCADAT: HC/E/CA 1028.
- *W.(V.) v. S.(D)*, Supreme Court of Canada, cita INCADAT: HC/E/CA 17.
- *Droit de la famille 3713, No 500-09-010031-003*, cita INCADAT: HC/E/CA 651.
- *J.E.A. v. C.L.M. (2002)*, 220 D.L.R, Nova Scotia Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/CA 754.
- *M.G. v. R.F*, Quebec Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/CA 762
- **China, Hong Kong, RAE.**
- *D. v. G. [2001] 1179 HKCU 1*, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region - Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/HK 595
- **Estados Unidos de América - Jurisdicción Estadual**
- *Caro v. Sher*, 296 N.J. Super. 594, 687 A.2d 354 (Ch. Div. 1996), Superior Court of New Jersey, Chancery Division, Family Part, Monmouth County, cita INCADAT: HC/E/USs 10.
- **Estados Unidos de América- Jurisdicción Federal**
- *Danaipour v. McLarey*, 286 F.3d 1 (1st Cir.2002), United States Court of Appeals for the First Circuit, cita INCADAT: HC/E/USf 459.
- *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996), United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division, cita INCADAT: HC/E/USf 133.
- *Holder v. Holder*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, cita INCADAT: HC/E/USF777.
- *Kufner v. Kufner*, 519 F.3d 33 (1st Cir. 2008), United States Court of Appeals for the 1st Circuit, cita INCADAT: HC/E/USf 971.
- *Ruiz v Tenorio*, United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, cita INCADAT: HC/E/USF780
- *Mozes v. Mozes*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, cita INCADAT: HC/E/USF301.
- *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, United States District Court for the Eastern District of Washington, Cita INCADAT: HC/E/USF 482.
- *Baxter v. Baxter*, United States Court of Appeals for the Third Circuit, cita INCADAT: HC/E/USf 808.

- **Finlandia.**

- *Supreme Court of Finland 1996:151, S96/2489, Supreme Court, cita INCADAT: HC/E/FI 360.*

- **Francia**

- *CA Grenoble, 29 mars 2000, M. v. F, Cour d'appel de Grenoble, cita INCADATHC/E/FR 274.*

- **Israel**

- *5P.3/2007 /bnm; Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, cita INCADAT: HC/E/CH 894].*
- *Reshut ir'ur ezrachi (leave for civil appeal) 7994/98 Dagan v Dagan 53 P.D (3) 254, Supreme Court, cita INCADAT HC/E/IL 807.*

- **Reino Unido- Escocia.**

- *Q., Petitioner, 2001 SLT 243, Outer House of the Court of Session, cita INCADAT: HC/E/UKs 341.*

- **Reino Unido- Inglaterra y Gales**

- *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UKe 46*
- *HC/E/UKe 53; Re W. (Abduction: Procedure) [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 37*
- *Re P. (A Child) (Abduction: Acquiescence) [2004] EWCA Civ 97, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 591*
- *Caso Re S. A Minor, Abduction: Custody Rights, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKs87.*
- *S. v. H. (Abduction: Access Rights), High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 36.*
- *Re K. (Abduction: Psychological harm) [1995] 2 FLR 550, Cour of Apeal, cita INCADAT: HC/E/UKe 96.*
- *Caso N. v. N. (Abduction: Article 13 Defence) [1995] 1 FLR 107, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 19.*
- *9Ob102/03w Oberster Gerichtshof, Oberster Gerichtshof (Suprema Corte de Austria), Cita INCADAT: HC/E/AT 549.*
- *C. (Abduction: Consent) [1996] 1 FLR 414, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 53.*

- *Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence)* [1998] AC 72, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UKe 46.
- *J. (A Minor)(Abduction: Custody Rights)*, House of Lords, cita INCADAT: HC/E/UKe 2.
- *En Re M. A Minor, Child Abduction*, Court of Appeal, cita INCADAT: HC/E/UKs 56.
- *Re O. (Abduction: Consent and Acquiescence)* [1997] 1 FLR 924, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 54.
- *Caso Re S. A Minor, Abduction: Custody Rights, Court of Appeal*, cita INCADAT: HC/E/UKs 87.
- *Re S. (Abduction: Return into Care)* [1999] 1 FLR 843, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 361.
- *Re W. (Abduction: Procedure)* [1995] 1 FLR 878, [1996] 1 FCR 46, [1995] Fam Law 351, High Court, cita INCADAT: HC/E/UKe 37

- **Suiza**

- *A.582/2007, Bundesgericht, II. Zivilabteilung*, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, cita INCADAT: HC/E/CH 986.
- *5P.1/2005 /bnm, Bundesgericht II. Zivilabteilung, Bundesgericht II. Zivilabteilung (Suprema Corte Federal, segunda sala de lo civil)*, cita INCADAT: HC/E/CH 795

- **Nueva Zelanda.**

- *Wolfe v. Wolfe* [1993] NZFLR 277, District Court at Wellington, cita INCADAT: HC/E/NZ 303.

## **CENDOJ (buscador del sistema de jurisprudencia).**

### **Audiencias Provinciales**

- Auto de la Audiencia Provincial de Almería de 30 de abril de 2004
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Barcelona, sección 18, recurso número 1075/2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 2580/2012, sede Barcelona, sección 18.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 3766/2012, Sede Barcelona Sección 18.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de Mayo de 2004.
- auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de junio de 2004
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de abril de 2006.
- Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao 35/2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 14 de septiembre de 2005.
- Auto de la Audiencia Provincial de Lleida 622/2011
- Auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 18 de Mayo de 2005,
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 4853/2012,
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 4853/2012,
- Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca de 19 de Marzo de 1980.
- Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca, 546/2010
- Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 26 de Noviembre de 2007.
- Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de Mayo de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de junio de 1999.

### **Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo 4153/1998. Sede Madrid. Sección 1

## **CVURIA (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, *petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus*, Finlandia.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 1 Julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse c. Alpago*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 11 Julio de 2008, Asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*, rec 2008.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C 497/10 PPU *Mercredi v. Chaffe* de 22 de Diciembre de 2010.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de Diciembre de 2010, asunto 491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simpone Pelz*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010, asunto C-400/10, *J. McB* contra L.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de Diciembre de 2010, asunto C-256/09, *Bianca Purrucker contra Guillermo Vallés Pérez*.