

II.5. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: ALGUNAS NOVEDADES QUE INTRODUCE EL REGLAMENTO 2201/03

Por la Dra. MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Universidad (I)
Derecho Internacional Privado
Universidad de Extremadura

Resumen

La lucha frente a los supuestos de sustracción internacional de menores, en el ámbito civil, se ha articulado a través de distintos mecanismos cuyo fin último es la tutela del interés del menor. El nuevo Reglamento comunitario sobre la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, con esa misma finalidad protectora, contiene determinados preceptos relativos a la sustracción internacional de menores. Esta nueva regulación, introduciendo algunos cambios en el sistema de Derecho internacional privado español en materia de sustracción internacional de menores, viene a consagrar, en el espacio comunitario, los dos mecanismos que más eficaces han resultado en este ámbito: la acción directa de restitución del menor y el reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas al derecho de custodia y visita.

Abstract

The fight for responsibility over minors has been formulated in civil rights with the main purpose of tutoring the minor's best interest. The new European law system for parental responsibility contains specific precepts related to minor tutelage. This new regulation introduces some changes in the Spanish law system on minor tutelage. Two main instruments are the direct action of restoring minors to normality, and the recognition of custody/visiting privileges.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL REGLAMENTO 2201/03
- III. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL CONVENIO DE LUXEMBURGO
- IV. LA RESTITUCIÓN DEL MENOR: EL CONVENIO DE LA HAYA Y EL REGLAMENTO 2201/03
- V. LA INICIACIÓN DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO SOBRE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

I. INTRODUCCIÓN

La sustracción internacional de menores, un fenómeno que cada vez se produce desgraciadamente con mayor asiduidad, consiste, en líneas generales, en el traslado de un menor de un Estado a otro, a través de las fronteras, vulnerando o impidiendo el ejercicio de los derechos de custodia y/o visita¹. La tutela del interés del menor, principio consagrado en nuestro ordenamiento jurídico², puso de relieve la necesidad de articular mecanismos a través de los cuales se protegiera al menor evitando la producción de este tipo de situaciones.

Para luchar frente a los supuestos de sustracción internacional de menores la vía civil es la que presentan mayores ventajas tanto por la pluralidad de mecanismos como por la efectividad de los mismos³. En primer lugar, se puede instar, en el Estado al que ha sido trasladado el menor, el reconocimiento y ejecución de la resolución sobre derecho de custodia y visita dictada por las autoridades del Estado donde se encontraba el menor con anterioridad al traslado. Una segunda posibilidad de actuación consiste en instar una acción directa de restitución del menor ante las autoridades competentes del país en el que se encuentra el menor con posterioridad al traslado. Y, por último, se podría iniciar un procedimiento sobre medidas de protección de menores en el Estado al que ha sido trasladado el menor. Posibilidad, esta última, que resulta más lenta y como tal menos garantista en orden a la tutela del interés del menor.

En Derecho internacional privado español la ordenación jurídica de estos mecanismos se ha llevado a cabo a través de normas convencionales. Junto a los

¹ En general, sobre las cuestiones que suscita el secuestro internacional de menores, *Vid.* A. L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, «Problemas de secuestro internacional de menores», *Actualidad civil*, n.º 21, mayo 1998, págs. 481-527.

² Arts. 9.1. y 18 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York en 1989 en cuya virtud se establece, respectivamente, que «Los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) tal separación sea necesaria en el interés superior del menor (...); «Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres (...) la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del menor». Asimismo, el art. 39 de la Constitución Española consagra la protección del interés del menor.

³ Junto a la vía civil la protección frente a la sustracción internacional de menores también se articula a través de la vía penal sin embargo ésta resulta menos eficaz en aras a la protección del interés del menor. A. L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho de familia internacional*, Madrid, 2004, págs. 357-360; M. Herranz Ballesteros, «Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid CH.: El recurso excepcional a los aspectos penales», *R.J.E. La Ley*, 2000-1, págs. 1540-1544.

convenios elaborados en 1980 en el marco del Consejo de Europa y de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, coexisten varios convenios bilaterales que contienen disposiciones sobre esta materia⁴. La escasa, incluso nula, aplicación práctica de estos últimos justifica que, sin olvidarlos, en las próximas páginas centremos nuestra atención en los primeros: el Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de custodia y el reestablecimiento del derecho de custodia⁵ y el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁶. En los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de estos textos se distinguirá según sea España el lugar al que se traslada o desde el que se traslada al menor. En el primer caso, siendo España el país al que se traslada ilícitamente a un menor, la solución se encontrará, en función de la pretensión que se demande, bien en las normas del sistema de Derecho internacional privado de origen estatal sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, bien en el Convenio de 1961 sobre medidas de protección de menores o el art. 9.6 C.c. y 22.3 y 5 L.O.P.J., disposiciones que configuran el régimen de Derecho aplicable y de la competencia judicial internacional en materia de adopción de medidas de protección de menores. Cuando el traslado se produce desde España a un Estado no Parte de los convenios internacionales referidos, las posibilidades de actuación se determinarán de acuerdo con las disposiciones que sobre esta materia rigen en el país en cuestión.

Tras la entrada en vigor del Reglamento 2201/03⁷ se pueden producir algunos cambios en el sistema de Derecho internacional privado español sobre sustracción internacional de menores. El presente trabajo se propone analizar las novedades que introducirá la disposición de origen comunitario, distinguiendo, para ello el estudio de cada uno de los textos convencionales que integran el sistema de Derecho internacional privado español en esta materia.

II. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN EL REGLAMENTO 2201/03

La creación de un espacio de libertad, seguridad y de justicia en el que se garantice la libre circulación de personas requiere la adopción de medidas de

⁴ Entre otros, el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores. *B.O.E.* n.º 150, de 24 de junio de 1997.

⁵ Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, *B.O.E.* n.º 210, de 1 de septiembre de 1984.

⁶ Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, *B.O.E.* n.º 202, de 24 de agosto de 1987; corrección de errores en *B.O.E.* n.º 155 de 30 de junio de 1989 y *B.O.E.* n.º 21 de 24 de enero de 1996.

⁷ Art. 72 prevé su entrada en vigor el 1 de agosto de 2004. En cuanto a su aplicabilidad se efectuará a partir del 1 de marzo de 2005, salvo los arts. 67 a 70 que se aplicarán a partir de su entrada en vigor (1 de agosto de 2004).

cooperación judicial en materia civil. En este marco, el Derecho de familia, uno de los ámbitos en los que es fácil apreciar la existencia de importantes disparidades entre ordenamientos jurídicos nacionales, se configura como uno de los principales objetivos. Varios han sido los instrumentos que han tratado de unificar el sistema de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones en el ámbito de litigios familiares, si bien ninguno de ellos contiene una regulación exhaustiva de la sustracción internacional de menores. El Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁸, únicamente contenía un precepto relacionado con el secuestro internacional de menores. Siguiendo la línea marcada por el Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial⁹, el art. 4 del citado Reglamento disponía que los tribunales competentes a tenor de las reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental en él mismo previstas serían competentes para resolver los supuestos de traslados ilícitos de menores en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 y conforme a este texto. Sin que, de acuerdo con lo previsto en el art. 16 del citado convenio, las autoridades del lugar al que fue trasladado ilícitamente puedan resolver sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia y visita hasta que no se resuelva sobre la restitución del menor o hay transcurrido tiempo razonable sin que se haya presentado demanda en los términos del convenio¹⁰.

En este contexto ha sido elaborado el Reglamento 2201/03 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹¹. Como indica la rúbrica del texto comunitario, su ámbito de aplicación material se limita a la determinación de la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materias civiles, concretamente: la de separación, divorcio y nulidad matrimonial, de un lado, y, de otro, de responsabilidad parental¹². Así delimitado, la sustracción internacional de menores queda, en principio, excluida del ámbito de aplicación del Reglamento.

⁸ D.O.C.E. L 160, de 30 de junio de 2000.

⁹ D.O.C.E. C 221, de 16 de julio de 1998.

¹⁰ J. Carrascosa González, «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en A. L. Calvo Caravaca/J. L. Iriarte Ángel (Dir.), *Mundialización y familia*, 2001, pág. 222; En relación con el Convenio de 1998, A. Borrás Rodríguez, *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, D.O.C.E. C 221, de 16 de julio de 1998, págs. 41-42.

¹¹ Reglamento (C.E.) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000. D.O.U.E. L 338, de 23 de diciembre de 2003, págs. 1-27.

¹² Art. 1 R. 2201/03: 1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Sin embargo, el nuevo texto contiene una regulación más amplia que los anteriores. Su fundamento se encuentra en la estrecha vinculación entre las medidas de responsabilidad parental, las situaciones de crisis matrimoniales y los supuestos de sustracción internacional de menores¹³. Esta nueva regulación, a partir de su entrada en vigor, va a introducir algunos cambios en el régimen jurídico de la sustracción internacional de menores en Derecho internacional privado español.

III. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL CONVENIO DE LUXEMBURGO

El reconocimiento y ejecución de la resolución dictada en un Estado por la que se organizan los derechos de custodia y visita es, como se ha expuesto, uno de los mecanismos a través de los cuales se lucha frente a la sustracción internacional de menores. Se trata de garantizar la efectividad de una resolución en un Estado distinto a aquél en el que fue dictada, esto es, el Estado al que ha sido trasladado el menor, evitando, así, que las autoridades competentes de este último Estado dicten una resolución contraria a la existente de tal modo que el traslado ilícito del menor dejara de serlo. Pretensión, esta última, que tendrá quien haya efectuado el traslado.

Tradicionalmente, la ordenación jurídica de este mecanismo se ha llevado a cabo a través del Convenio de Luxemburgo de 1980¹⁴. La subsunción de un supuesto de hecho en su ámbito de aplicación debe efectuarse atendiendo a la propia delimitación que en sus normas se recogen. A estos efectos, por *traslado ilícito* se entiende el desplazamiento de un menor de un Estado Parte a otro Estado, también Parte del convenio, vulnerando el derecho de custodia otorgado bien por resolución judicial dictada en Estado Parte y ejecutoria en dicho Estado con anterioridad al traslado o después de que éste se haya producido, bien por acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado¹⁵.

Para proteger al menor¹⁶ frente a estos traslados ilícitos el Convenio de Luxemburgo instaura un sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones

¹³ Como señala A. Borrás Rodríguez, *Informe explicativo del Convenio (...), cit.*, pág. 41, en relación con el art. 4 del Convenio, el desplazamiento internacional de menores es uno de los riesgos más importantes para la protección de los hijos comunes en las situaciones de crisis matrimoniales.

¹⁴ J. A. Pérez Bevía, «La protección del menor en el Consejo de Europa en el ámbito del Derecho privado», en A. L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (Dir.), *Mundialización y (...), cit.*, págs. 51-81; M. Moya Escudero, «Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo», *R.J.E. La Ley*, n.º 4459, D-17, de 16 de enero de 1998, págs. 1779-1791; A. Borrás Rodríguez, «Nota a la S.A.P. de Palma de Mallorca (sección 3.ª) de 19 de marzo de 1990», *R.E.D.I.* 1991-2, págs. 507-510; A. Marín López, «El convenio europeo sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores», *ADI*, VII, 1983-84, págs. 211-226.

¹⁵ Arts. 1.d) y 12 del Convenio de Luxemburgo.

¹⁶ En el ámbito del Convenio de Luxemburgo, se entiende por menor «una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga de-

judiciales. Independientemente de la conexión del menor con el Estado Parte, la aplicabilidad del Convenio se efectuará cuando la resolución cuya reconocimiento y ejecución se pretende haya sido dictada en un Estado Parte y deba reconocerse en otro Estado Parte al que ha sido trasladado el menor. El Convenio de Luxemburgo, por tanto, regulará aquellos supuestos en los que frente al traslado ilícito de un menor, en los términos del texto convencional, el titular del derecho cuyo ejercicio se impide o vulnera pretenda el reconocimiento y ejecución en un Estado Parte, al que ha sido trasladado el menor, de la resolución que le concedió aquel derecho dictada en otro Estado Parte.

La delimitación del ámbito de aplicación del texto convencional, advierte que este va a ser uno de los textos convencionales, de los que integran el sistema de Derecho internacional privado español sobre sustracción internacional de menores, que más va a verse afectado por el Reglamento 2201/03. La primacía de la disposición comunitaria y las similitudes entre sus respectivos ámbitos de aplicación harán que en un importante número de supuestos el texto convencional resulte inaplicable. En los supuestos de conflicto, cuando atendiendo a sus respectivos ámbitos de aplicación, resulten aplicables tanto la norma comunitaria como la convencional, el Reglamento prima (art. 60 del Reglamento). El Convenio de Luxemburgo, a tenor de lo expuesto, se aplicará para el reconocimiento y ejecución en un Estado parte al que ha sido trasladado ilícitamente un menor de la resolución sobre el derecho de custodia dictada en otro Estado también Parte. El Reglamento se aplicará en los supuestos en los que se solicite en un Estado miembro el reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre responsabilidad parental (concepto que abarca los derechos de custodia y visita)¹⁷ dictadas en otro Estado también miembro. Cuando los Estados miembros del Reglamento también sean parte del texto convencional este último, en virtud del principio de primacía¹⁸, resultará inaplicable.

El Convenio de Luxemburgo, en definitiva, sólo se aplicará cuando el traslado ilícito del menor, en los términos de su art. 1, se produzca entre Estados Parte que no sean miembros de la Unión Europea. Siendo así, en el ámbito de la Unión Europea se ha logrado, a través del Reglamento, mejorar la tutela del interés del menor que ha sido trasladado ilícitamente de un Estado miembro a otro, garantizándose el cumplimiento de las resoluciones dictadas en materia de custodia y visita.

De otra parte, en cuanto al sistema de reconocimiento, el Convenio de Luxemburgo establece que el titular del derecho vulnerado podrá promover en

recho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido» (art. 1.a).

¹⁷ La delimitación conceptual de responsabilidad parental efectuada en el apartado 7 del art. 2 del mismo texto legal. Este concepto autónomo se refiere a «*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona del menor o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*».

¹⁸ Art. 60 del Reglamento 2201/03.

otro Estado Parte, recurriendo a las Autoridades centrales, el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada en otro Estado Parte en virtud de la cual el derecho le fue atribuido (art. 7). Efectuada la solicitud, las soluciones a adoptar difieren atendiendo a las circunstancias que rodean cada supuesto. Se distinguen varias posibilidades: 1) Proceder a la restitución inmediata del menor; 2) reconocimiento simplificado de la resolución; 3) reconocimiento complejo de la solicitud. La Autoridad Central podrá disponer la restitución inmediata del menor, sin previo reconocimiento de la resolución¹⁹, cuando habiéndose solicitado dentro de los seis meses siguientes al traslado nos encontremos en algunos de estos supuestos: a) tanto los padres como el menor ostente la nacionalidad del Estado que dictó la resolución y el menor también tuviera allí su residencia habitual antes del traslado; b) cuando el traslado ilícito se deriva de la vulneración de un acuerdo homologado por autoridad competente entre el titular del derecho de custodia y quien ostenta el derecho de visita; c) cuando el traslado vulnera el derecho de custodia concedido por autoridad competente al no devolver al niño tras el ejercicio del derecho de visita.

No encontrándonos en los supuestos anteriores, pero habiendo sido solicitado el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada en un Estado Parte dentro del plazo de seis meses desde que se produjo el traslado ilícito, el órgano competente podrá denegar el reconocimiento cuando concurren algunos de los motivos previstos en el art. 9 del texto convencional²⁰. Si la solicitud se presenta transcurridos seis meses desde el traslado ilícito se podrá denegar el reconocimiento cuando, además de las causas anteriores concurren algunos de las previstas en el art. 10 del mismo texto legal²¹.

El régimen previsto en el Reglamento 2201/03, sección cuarta del capítulo III, que comprende los arts. 40 a 45, establece un sistema de reconocimiento que se produce sin procedimiento especial alguno, y de ejecución que únicamente exige que la resolución dictada en el Estado de origen goce de fuerza ejecutiva y haya

¹⁹ De acuerdo con lo previsto en el art. 8.2 del Cv Luxemburgo ello supone que si de acuerdo con el Derecho interno del Estado al que ha sido trasladado el menor la decisión de restitución inmediata debe ser adoptada mediante decisión judicial, el órgano competente no podrá denegar la restitución con base en las causas previstas en el Convenio. De este modo, siendo España donde se encuentra el menor trasladado ilícitamente, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1901 y ss. de la L.E.C. 1881, el juez de primera instancia del lugar donde se encuentre el menor debe dictar resolución en virtud de la cual ordene la restitución del menor.

²⁰ Se refieren, básicamente, a que la resolución hubiera sido dictada vulnerando los derechos de defensa del demandado o que fuera incompatible con otra resolución ejecutoria en el Estado requerido con anterioridad al traslado.

²¹ En líneas generales algunos de los motivos previstos en el art. 10 del Convenio de Luxemburgo para denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución sobre custodia son: por la incompatibilidad de la resolución cuyo reconocimiento y ejecución se pretende con los principios fundamentales del derecho por el que se rige la familia y los hijos en el Estado requerido; con base en el interés del menor cuando con éste no concuerden los efectos de la resolución; por incompatibilidad con una resolución dictada en un procedimiento entablado antes de solicitarse el reconocimiento y ejecución.

sido certificada de acuerdo con los términos de los arts. 41.2 y 42.2. Ahora bien, este sistema únicamente se refiere a las resoluciones relativas al derecho de visita y a aquellas otras relativas a la restitución de un menor conforme al art. 11.8 del Reglamento, teniendo, en este punto, la norma comunitaria un ámbito de aplicación más amplio que el del Convenio de Luxemburgo.

En relación con el reconocimiento y ejecución de otras resoluciones en materia de responsabilidad parental, concretamente las relativas al derecho de custodia, está previsto su reconocimiento sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (art. 21.1). Los motivos por los que se puede denegar dicho reconocimiento son: si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido teniendo en cuenta el interés del menor; si se dictó sin la audiencia del menor, salvo caso de urgencia, vulnerando los principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido; si se dictó vulnerando los derechos de defensa salvo que el demandado hubiera aceptado expresamente la resolución; por menoscabar el ejercicio de la responsabilidad parental habiéndose dictado sin audiencia del demandado; si la resolución resulta inconciliable con otra en materia de responsabilidad parental adoptada en el Estado requerido con posterioridad o en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor y que reúna condiciones para ser reconocida; si fue dictada vulnerando el procedimiento de acogimiento del menor previsto en el art. 56 del Reglamento²². En relación con la declaración de ejecutoriedad, el art. 28.1 dispone que estas resoluciones se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de parte, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado. La solicitud de declaración de ejecutoriedad podrá denegarse, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 31.2 por los mismos motivos que el reconocimiento previstos en el art. 23.

La aplicabilidad del Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de custodia y el restablecimiento del derecho de custodia se verá reducida a los supuestos en los que se pretenda ante las autoridades españolas el reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a la custodia de menores que hayan sido trasladados ilícitamente, en los términos del convenio, dictadas por Estados Parte que no sean miembros de la Unión. Estando implicados Estados miembros se aplicará el Reglamento, cuyo ámbito de aplicación material y personal es más amplio que el del texto convencional.

IV. LA RESTITUCIÓN DEL MENOR: EL CONVENIO DE LA HAYA Y EL REGLAMENTO 2201/03

El Convenio de La Haya de 1980 delimita su ámbito de aplicación a los traslados ilícitos de menores residentes en un Estado parte a otro Estado tam-

²² Art. 23 del Reglamento 2201/03.

bién parte²³. Por traslado ilícito se entiende, de manera similar al Convenio de Luxemburgo, el desplazamiento de una persona, menor de dieciséis años²⁴, vulnerando el derecho de custodia otorgado bien por resolución judicial dictada en Estado Parte y ejecutoria en dicho Estado con anterioridad al traslado o después de que éste se haya producido, bien por acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado²⁵. Exigiéndose, además, en el art. 3.b) del Convenio de La Haya, que se estuviera ejerciendo de manera efectiva el derecho de custodia en el momento del traslado o que tal derecho no se pudo ejercer como consecuencia del traslado. Asimismo, se considerará traslado ilícito el supuesto en el que el menor, tras finalizar el período de ejercicio del derecho de visita u otra estancia temporal en un Estado distinto de aquel donde tiene su residencia habitual, no regrese a este último²⁶.

La diferencia principal con el Convenio de Luxemburgo radica en el mecanismo o instrumento articulado para luchar contra la sustracción internacional de menores. El Convenio de La Haya establece, para tutelar el interés del menor con residencia habitual en un Estado Parte que ha sido trasladado ilícitamente a otro Estado Parte, la posibilidad de que el titular del derecho vulnerado inste ante las Autoridades Centrales una acción directa de retorno. No se trata, por tanto, de un Convenio sobre competencia judicial, ni sobre Derecho aplicable, ni sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones. Se limita a regular la acción directa de restitución como instrumento para garantizar la tutela del interés del menor y el ejercicio efectivo del derecho de custodia. La autoridad competente del Estado al que ha sido trasladado el menor deberá decidir si procede o no la restitución de aquél, sin pronunciarse acerca de los derechos de custodia y/o visita²⁷.

Las soluciones que prevé el convenio difieren, básicamente, según el momento en el que se ejercita la acción. Si tal ejercicio se efectúa antes del transcurso de un año procederá la restitución del menor de forma inmediata siempre que la custodia fuera ejercida de forma efectiva y que el menor no corra grave peligro físico o psíquico. Si la acción directa de retorno se ejercita después del transcurso de un año desde el traslado ilícito la restitución del menor se efectuará siempre que el menor no se haya integrado en el lugar de su nueva residencia habitual. Además en este último supuesto también se exige que la custodia

²³ S. Álvarez González, «El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el T.S.», *R.J.E. La Ley*, 1998, págs. 2207-2211; M. L. Trinidad García, «Un caso de retención ilícita de menores por parte del padre nacional español. Virtualidad del Convenio de La Haya de 1980 para restablecer el ejercicio de los derechos de custodia y visita», *R.J.E. La Ley*, 1994-2, págs. 600-610; E. Pérez Vera, *Informe explicativo al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980*, *B.I.M.J.*, Supl. al n.º 1865 de 15 de marzo, págs. 3-88.

²⁴ Delimitación conceptual de menor establecida en el art. 4 del Convenio de La Haya.

²⁵ Art. 3 del Convenio de La Haya.

²⁶ Art. 8.3 del Convenio de La Haya.

²⁷ En España, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1901 y ss. de la L.E.C. de 1881, la autoridad competente es el juez de primera instancia del lugar donde se encuentre el menor.

fuera ejercida de forma efectiva y que el menor no corra grave peligro físico o psíquico.

Respondiendo a los propósitos de este trabajo, una vez expuesto en líneas generales el sistema instaurado en el Convenio de La Haya de 1980, procederemos a analizar las novedades que en este ámbito va a introducir el Reglamento 2201/03. En esta línea, como se expuso en relación con el Convenio de Luxemburgo, el principio de primacía de la norma comunitaria rige las relaciones de ésta con el Convenio de La Haya. No obstante, esta circunstancia no va a suponer la inaplicabilidad del texto convencional. La razón es evidente. A diferencia de lo que ocurría en relación con el Convenio de Luxemburgo, el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya y el del Reglamento no coinciden. El texto convencional, como se ha expuesto, articula una acción directa de restitución del menor; el Reglamento 2201/03, en cambio, tiene por objeto la determinación de la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de separación, divorcio y nulidad matrimonial, de un lado, y, de responsabilidad parental, de otro. De hecho, considerando la tutela del interés del menor y la estrecha relación entre los supuestos de secuestro internacional de menores y las medidas de responsabilidad parental, únicamente el art. 11 se refiere a la acción directa de restitución, limitándose a establecer algunas especialidades respecto de la regulación contenida en el Convenio de La Haya.

El Reglamento complementa o completa el texto convencional. Cuando los Estados implicados en la sustracción internacional del menor sean parte del texto convencional y Estados miembros de la Unión Europea, la acción directa de restitución del menor se regulará con base en el Convenio de La Haya con las especialidades contenidas en el art. 11 del Reglamento y que se refieren a los siguientes puntos: se exige la audiencia del menor, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, cuando se deba proceder a su restitución con base en los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya; se otorga carácter de urgencia al procedimiento de restitución estableciéndose el plazo de seis semanas como máximo; la causa de denegación prevista en el art. 13.b) del texto convencional se limita al establecer el párrafo cuarto del art. 11 que no se podrá dictar una resolución denegatoria de la restitución solicitada con base en la existencia de grave peligro físico para el menor cuando se haya acreditado la adopción de medidas tendentes a garantizar la protección del menor; asimismo, se impide denegar la restitución sin haber oído a quien la solicitó.

Las medidas que introduce el Reglamento pueden solventar o corregir algunas de las deficiencias que presentaba la aplicación práctica del texto convencional²⁸.

²⁸ Vid., M. Sabido Rodríguez, «Algunas cuestiones sobre el régimen legal de la sustracción internacional de menores a partir de su práctica judicial», en A. L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz (Dir.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, págs. 723-739; P. P. Miralles Sangro, «Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el "secuestro" internacional de menores», *La Ley*, año XXIII, n.º 5659, de 20 de noviembre de 2002.

Indudablemente, la protección del interés del menor subyace a la regulación comunitaria. Este fin protector fundamenta tanto el carácter urgente del procedimiento como la necesidad de oír al menor. Asimismo, a esta finalidad responde la necesidad de garantizar el derecho de custodia resuelto por un órgano competente con arreglo a las normas del Reglamento limitando la utilización de las causas de denegación de restitución previstas en los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya. Es la protección del menor la idea que subyace al evitar que una resolución denegatoria de la restitución dictada en el marco del texto convencional, por tanto sin entrar a conocer el fondo del asunto, pueda mermar la efectividad de una resolución, incluso posterior a aquélla, dictada en otro Estado relativa a los derechos de custodia y visita en cuya virtud se ordene la restitución del menor. Para ello, el párrafo octavo del art. 11 dispone el reconocimiento y ejecución de esta última con arreglo a los arts. 40 a 45 del Reglamento. Cuando la resolución dictada sea denegatoria de la restitución los párrafos 6 a 8 del art. 11 disponen: a) la obligación de comunicarla al órgano competente o Autoridad central del Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado; b) la notificación que este último debe realizar a las partes, salvo que hubieran interpuesto demanda con anterioridad ante este órgano, para que en el plazo de tres meses efectúen alegaciones y el tribunal pueda pronunciarse sobre la custodia. De no existir alegaciones, se procederá al archivo de las actuaciones; c) en el supuesto en el que existiendo una resolución denegatoria de restitución con posterioridad a ésta se dicte otra por un órgano competente según las reglas del reglamento en virtud de la cual se ordene la restitución del menor, el párrafo 8 dispone el reconocimiento y ejecución de esta última con arreglo a las disposiciones contenidas en la sección 4 del capítulo III del mismo texto legal.

V. LA INICIACIÓN DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO SOBRE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

Una tercera vía para luchar contra los supuestos de sustracción internacional de menores consiste en la iniciación de un nuevo procedimiento relativo a los derechos de custodia y visita ante las autoridades competentes del Estado al que ha sido trasladado el menor. Este sistema no resulta, por su lentitud, el más adecuado para la protección de los intereses del menor. Sin embargo, en los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de los textos analizados con anterioridad, sería la única vía a la que podría recurrir el titular del derecho cuyo ejercicio se vulnera o se impide como consecuencia del traslado.

En principio, aunque no resulta la elección más acertada para la tutela del interés del menor, también se podría recurrir a esta posibilidad en el marco del Reglamento 2201/03. En supuestos en los que se traslada a un menor de un Estado miembro a otro Estado miembro distinto, como hemos expuesto, las soluciones más acertadas son bien instar una acción directa de restitución del menor bien pretender en el Estado al que ha sido trasladado el menor el

reconocimiento y ejecución de la resolución dictada en el Estado de residencia habitual del menor. No obstante, también puede iniciarse un nuevo procedimiento en virtud del cual se pretenda la obtención de una resolución sobre los derechos de custodia y visita. Pero se trata de un mecanismo que no es exclusivo del titular del derecho lesionado. También puede ser utilizado por quien ha trasladado al menor de forma ilícita.

En ambos casos, sea quien sea el actor, nos encontramos ante procedimientos sobre medidas de responsabilidad parental subsumibles en el ámbito del Reglamento 2201/03. La competencia judicial internacional correspondería, con arreglo a lo dispuesto en el art. 8 de la disposición comunitaria a las autoridades del Estado de residencia habitual del menor. Siendo la residencia habitual un concepto puramente fáctico, su cambio produce también un cambio de autoridades competentes. Al cambiar de residencia habitual el menor las autoridades con competencia judicial internacional para conocer de litigios relativos a medidas de responsabilidad parental pasan a ser las del Estado de la nueva residencia habitual. Para los supuestos de cambio de residencia habitual únicamente se prevé en el art. 9 de la norma comunitaria el mantenimiento o prórroga, durante tres meses, de la competencia de los tribunales del Estado de la antigua residencia habitual del menor en relación con acciones relativas a la modificación del derecho de visitas y siempre que el titular del derecho cuya modificación se pretende mantenga la residencia habitual en aquél Estado, salvo que concurren las circunstancias del art. 9 del Reglamento. Un cambio de residencia habitual del menor como el que se produce como consecuencia de un secuestro internacional puede otorgar competencia con base en el Reglamento a los tribunales de otro Estado miembro para pronunciarse acerca de los derechos de custodia y visita.

Teniendo en cuenta, como se ha expuesto, que la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento en el Estado de nueva residencia habitual del menor también es una opción en manos de quien ha realizado el traslado ilícito del menor, la «legalización» de los supuestos de sustracción internacional de menores sería relativamente fácil. Para evitar estas situaciones el art. 10 establece una regla de competencia judicial internacional en los supuestos de sustracción internacional de menores que excepciona la regla general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Se solventa, de este modo, el peligro evidente de legalización de traslados ilícitos prorrogando la competencia judicial internacional de los órganos del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado hasta que el menor adquiera la nueva residencia habitual y que: o bien el titular del derecho de custodia otorgue su conformidad o bien transcurrido un año desde el traslado el menor se haya integrado y no se haya presentado demanda de restitución o se haya desistido de la misma o se haya archivado o se haya dictado resolución posterior al traslado que no implique la restitución del menor.

La iniciación de un nuevo procedimiento sobre derechos de custodia y visita ante las autoridades del Estado al que ha sido trasladado ilícitamente el menor,

como mecanismo para luchar frente a los supuestos de sustracción internacional de menores, desaparece en el espacio comunitario al excepcionar en su art. 10 el régimen general de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Ahora bien, en absoluto perjudica esta circunstancia ni a los intereses del menor ni a los de sus progenitores pues esta no era, como también expusimos, la vía más adecuada para su tutela.

El Reglamento 2201/03 consagra, de acuerdo con lo expuesto, dos instrumentos para luchar frente a situaciones de sustracción internacional de menores. Los dos que más eficaces han resultado: la acción directa de restitución del menor y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales relativas al derecho de custodia y/o visita.