



Silvia Giménez-Salinas,
Abogada

Durante el último siglo hemos sido testigos de un incesante desarrollo de las relaciones privadas internacionales, fomentado por factores como el desarrollo de los medios de comunicación, la armonización de la política económica o la libre circulación de las personas más allá de las fronteras.

A medida que las relaciones privadas internacionales iban evolucionando y creciendo, más importancia tomaba la necesidad de una regulación unificada entre los Estados, no sólo del desarrollo de estas relaciones sino también de sus efectos. Esta preocupación, de interés general, resulta relevante en la necesidad de intervención de las autoridades públicas en las relaciones familiares internacionales.

Es el caso de las parejas mixtas, formadas por personas de diferente nacionalidad. La necesidad de armonización entre los Estados mediante una regulación unificada de los efectos en el supuesto de ruptura, resulta trascendental; y a todos los efectos, primordial en cuestiones relativas a la custodia de los menores fruto de la pareja disuelta.

Se trata de analizar los mecanismos que existen en la actualidad en el marco internacional relativos a la protección del menor en supuestos de traslado o retención ilícita.

Traslado, retención ilícita, custodia

De manera previa a conocer estos mecanismos, ¿qué se entiende por traslado o retención ilícita? La definición se establece en el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de la Haya de 25 de octubre de 1980, que considera el traslado o retención de un menor ilícito «(i) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier 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(ii) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención».

La definición unificada para los Estados contratantes de traslado o retención ilícita, conlleva a su vez el

respeto por parte de los mismos, hacia la calificación autónoma de las figuras jurídicas de «derecho de custodia» y «derecho de visita» contenidas en el propio Convenio, a fin de efectuar una correcta protección.

En este sentido, se entiende por derecho de custodia: «el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia»; y por derecho de visita «el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual».

La falta de armonización entre las calificaciones autónomas de convenios y reglamentos, y el derecho interno de los Estados, puede provocar confusiones a las partes generando efectos indeseables. Un claro ejemplo es el de la figura del derecho de custodia: mientras que en la calificación del Convenio este derecho comporta la decisión del lugar de residencia del menor, en nuestro derecho interno, esa decisión se encuentra dentro de la figura de la responsabilidad parental o potestad. Al final del artículo expondremos esta problemática vista desde un punto de vista práctico.

Mecanismos para el traslado de menores retenidos

Una vez definido el traslado o la retención ilícita de menores, debemos analizar qué instrumentos y mecanismos están a nuestro alcance para obtener la restitución del menor al Estado de la última residencia habitual y el correspondiente procedimiento.

El Convenio de la Haya anteriormente mencionado, de fecha 1980, es el más específico y tiene por objetivos garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente y velar por que los derechos de custodia y de visitas reconocidos en un Estado contratante sean respetados en el resto de los Estados contratantes.

El Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis), refuerza y complementa el CH 1980, prevaleciendo el primero en las cuestiones reguladas en ambos textos, en las relaciones entre los estados miembros, tal y como establece el artículo 60 y 62 del Reglamento Bruselas II bis.

Igualmente el Convenio de la Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, que entró en vigor en España el pasado 1 de enero de 2011, refuerza

las normas procesales y complementa el CH 1980, buscando como objetivo final la mejora de la protección de los niños en situaciones de carácter internacional, fomentando para ello la cooperación internacional, evitando los conflictos ente los sistemas jurídicos de los países contratantes.

El procedimiento por el que se tramita la restitución de un menor cuya residencia habitual es España, se regirá por las normas procesales del país de recepción, pero siempre manteniendo el procedimiento de urgencia, de duración máxima de 6 semanas.

Cuando el menor ha sido trasladado o es retenido de manera ilícita en España, el procedimiento a seguir es el de la jurisdicción voluntaria, regulado en los artículos 1902 a 1910 de la LEC de 1881, manteniendo igualmente el carácter preferente con duración de 6 semanas.

En este sentido, la solicitud debe plantearse ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar al que ha sido trasladado o se encuentra retenido el menor, si bien la competencia material mayoritariamente se desempeña por los juzgados de familia, en las ciudades donde existen, por ser éstos los competentes para resolver en materia de los hijos menores, su cuidado y la potestad, las diferencias que puedan surgir en su ejercicio, y la adopción de las medidas cautelares y de protección que puedan adoptarse en su defensa; todo ello en virtud del artículo 45 de la LEC 1/2000, 90, 91, 92, 156 y 158 del Código Civil.

La solicitud de restitución del menor puede llevar aparejada otra sobre medidas provisionales de custodia del menor y de prevención ante nuevos traslados ilícitos, (art. 1903 LEC 1881 y 158 CC). Estas medidas son provisionales pues el juzgado en un procedimiento de restitución del menor no puede entrar en el fondo del asunto relativo a la custodia, sino limitarse a la restitución.

Tras la recepción de esta solicitud, el Juzgado debe dictar resolución en las siguientes veinticuatro horas requiriendo a la persona que ha sustraído o tiene retenido al menor, con los apercibimientos legales, para que en los siguientes tres días manifieste si accede voluntariamente a la restitución del menor, o si se opone por existir alguna causa de oposición contemplada en el Convenio.

Tres situaciones

En este punto, pueden suceder tres situaciones:

- Que la persona requerida restituya al menor, entonces se decretará el Archivo de los Autos;

- Que no comparezca, siguiéndose el procedimiento en su rebeldía, citándose a los interesados y al Ministerio Fiscal a una comparecencia en los cinco días posteriores, dictando Auto en los siguientes dos días resolviendo sobre la restitución o no del menor, pudiéndose acordar medidas cautelares (en aras de localizar al menor y ante un peligro de huida); o bien,

- Que comparezca anunciando oposición. En este último supuesto, las partes y el Ministerio Fiscal serán convocadas a una comparecencia durante los siguientes cinco días, siguiéndose por los trámites del Juicio Verbal. Si fuere necesaria la práctica de prueba, se efectuará dentro de los seis días siguientes a la comparecencia. Seguidamente, el juez dictará auto dentro de los tres días posteriores, resolviendo en interés del menor y en virtud del Convenio si procede o no la restitución del menor. Frente a este auto cabe interponer recurso de apelación que, ante la especialidad del supuesto, y la urgencia requerida, debe ser resuelto en los siguientes veinte días de manera improrrogable.



Tal y como venimos exponiendo, en el supuesto de que la persona requerida presente oposición, solamente podrá oponerse en base a las causas establecidas en el Convenio. Estas causas son:

- Artículo 12 CH1980: que haya transcurrido más de un año desde que el menor haya sido trasladado o retenido de manera ilícita y la interposición de la solicitud, y haya quedado demostrado que está integrado en su nuevo ambiente.

- Artículo 20 CH1980: al tratarse de cuestión de orden público, la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan principios fundamentales del estado requerido en materia de protección de derechos humanos y libertades fundamentales.

- Artículo 13 CH1980: el que reclama no ejercía de modo efectivo la custodia en el momento del traslado

o consintió el traslado o posteriormente lo aceptó; que la restitución suponga un riesgo para el menor, exponiéndolo a un peligro físico o psíquico o que lo coloque en una situación intolerable, y que el propio menor se oponga a la restitución siempre que haya alcanzado una edad y grado de madurez que resulte apropiado tener en cuna sus opiniones.

El artículo 17 del CH 1980 establece que la oposición no podrá basarse en una decisión posterior sobre el fondo, y así lo ha venido efectuando nuestra jurisprudencia, a título de ejemplo, STS 22/06/98.

Comisión especial

El pasado mes de junio se celebró una Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de la Haya de 1980 y 1996, relevantes en cuanto a la protección de los menores en situaciones internacionales. Destacándose la relevancia del rol activo de las autoridades centrales en las facultades propuestas en el Convenio, así como las comunicaciones judiciales directas a través de redes judiciales, a fin de facilitar la restitución segura del niño y del progenitor acompañante cuando sea pertinente.

Además, en la citada Comisión, se reitera la relevancia de la calificación autónoma del término «derechos de custodia», haciendo especial mención al caso Abot v. Abot: «todo derecho de visitas combinado con un derecho a determinar la residencia del niño constituye un 'derecho de custodia' a los fines del Convenio y reconoce que constituye un aporte significativo hacia el lugar de la consistencia a nivel internacional con respecto a su interpretación».

Otra novedad estudiada en la Comisión, es la posibilidad prevista en una gran mayoría de estados de que el niño cuente con una representación legal independiente en el marco de casos de sustracción.

En la citada comisión se puso de manifiesto la problemática existente en la práctica con la facultad reconocida en el artículo 15 del Convenio 1980 a favor del Estado requerido por el que puede exigir al solicitante una decisión o certificado emitido por la autoridad del Estado de residencia del menor, por la que se acredite que el traslado o retención son ilícitos.

Por último, señalar que la celeridad en este tipo de procedimientos es sustancial para su resolución, ya que el paso del tiempo consolida situaciones provocadas al margen de las decisiones judiciales previas y por tanto, existen mecanismos de prevención que se pueden solicitar judicialmente, en cualquier procedimiento, ante las sospechas por parte de uno de los dos progenitores, de sustracción internacional. 